

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 7. Mai 2020
- 2 AZR 692/19 -
ECLI:DE:BAG:2020:070520.U.2AZR692.19.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 22. Mai 2018
- 16 Ca 6411/17 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 13. Juni 2019
- 11 Sa 812/18 -

Entscheidungsstichworte:

Kündigung eines Flugbegleiters - Anwendbarkeit deutschen Rechts - § 18
BEEG als Eingriffsnorm - Revisibilität ausländischen Rechts

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 692/19

11 Sa 812/18

Hessisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

7. Mai 2020

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Anschlussberufungskläger und
Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 7. Mai 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie den ehrenamtlichen Richter Krüger und die ehrenamtliche Richterin Schipp für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 13. Juni 2019 - 11 Sa 812/18 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten zuletzt noch über die Wirksamkeit einer Kündigung sowie die vorläufige Weiterbeschäftigung des Klägers und die Erteilung eines Zwischenzeugnisses. 1

Die Beklagte ist eine Fluggesellschaft mit Sitz in Deutschland. Der Kläger arbeitete bei ihr als Flugbegleiter mit der Heimatbasis Delhi (Indien). Er ist indischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Indien, wo er auch seinen Lebensmittelpunkt hat. Der zwischen den Parteien in Delhi abgeschlossene Arbeitsvertrag vom 8. Februar 1996 trägt die Anschrift der dortigen Niederlassung der Beklagten und wurde von ihrem für die Personalabteilung in Delhi verantwortlichen Mitarbeiter unterzeichnet. In Nr. 2 des Arbeitsvertrags war ua. vereinbart, dass auf das Arbeitsverhältnis indisches Recht sowie die Beschäftigungsbedingungen für regionale Flugbegleiter in Indien Anwendung finden. Steuern und Sozialversicherungsabgaben auf das in indische Rupien gezahlte Gehalt des Klägers wurden in Indien entrichtet. 2

Wie arbeitsvertraglich vereinbart, begannen und endeten alle Flug-/Arbeitseinsätze des Klägers - wie alle Umläufe der etwa 175 indischen Flugbegleiter der Beklagten - an der Heimatbasis in Delhi. Auf diese sind die Arbeitszeit, die Flugdienstzeit, die Flugzeit, die Ruhezeiten, die Standby-/Reserve-Regelungen, die Regelung zu freien Tagen sowie alle weiteren arbeitsvertraglichen Regelungen bezogen. In Delhi erhielt der Kläger in einem Briefing der dort 3

stationierten Flugbegleiter die Dienstanweisungen und flog von dort aus nach Frankfurt am Main oder nach München und zurück.

Mit Schreiben der Personalabteilung in Delhi vom 24. Januar 2017 wurde der Kläger mit sofortiger Wirkung aus verhaltensbedingten Gründen suspendiert. Im Anschluss daran führte die Beklagte eine nach indischem Recht vorgeschriebene Untersuchung („Domestic Enquiry“) durch, die mit einem Bericht vom 10. Juni 2017 abgeschlossen wurde. 4

Der Kläger beantragte mit Schreiben vom 1. Juni 2017 Elternzeit für seinen am 9. Oktober 2015 geborenen Sohn ab dem frühestmöglichen Zeitpunkt. Die Beklagte lehnte den Antrag des Klägers unter Hinweis auf die Nichtanwendbarkeit deutschen Rechts auf das Arbeitsverhältnis ab. 5

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 23. August 2017, das dem Kläger am 25. August 2017 zuging, das Arbeitsverhältnis fristlos. Der Kläger wies die Kündigung mit Schreiben vom 31. August 2017 „gem. § 174 BGB mangels entsprechender Bevollmächtigung zurück“. 6

Mit seiner beim Arbeitsgericht Frankfurt am Main eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt. Er hat gemeint, auf sein Arbeitsverhältnis sei deutsches Recht anwendbar. Ein Kündigungsgrund liege nicht vor. Die Kündigung sei - unabhängig von dem anwendbaren Recht - bereits aufgrund der unterbliebenen Anhörung der Personalvertretung unwirksam. 7

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 23. August 2017, ihm zugegangen am 25. August 2017, nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie Führung und Leistung erstreckt;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Flugbegleiter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, die Kündigung sei nach dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren indischen Recht aufgrund von Pflichtverstößen des Klägers wirksam. 9

Das Arbeitsgericht hat nur dem Bestandsschutzantrag entsprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat sie insgesamt abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. 10

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Klage nicht abweisen. Es hat zwar zutreffend angenommen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien das Recht der Republik Indien Anwendung findet und inländische Vorschriften einer Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegenstehen. Das Berufungsgericht hat aber rechtsfehlerhaft den maßgeblichen Inhalt des indischen Rechts nicht ermittelt. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 23. August 2017 aufgelöst worden ist und dem Kläger ein Anspruch auf ein Zwischenzeugnis sowie auf vorläufige Weiterbeschäftigung zusteht, kann der Senat nicht selbst entscheiden. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 11

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Klage gegeben ist. 12

1. Die internationale Zuständigkeit folgt nicht bereits aus dem Beschluss des Arbeitsgerichts, mit dem dieses sich für örtlich zuständig erklärt hat. Damit hat es nur über die örtliche Zuständigkeit iSv. § 48 ArbGG, nicht aber über die Frage der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte entschieden. Will das angerufene Gericht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit vorab bindend feststellen, hat es im Wege eines Zwischenurteils 13

gemäß § 280 ZPO, nicht aber durch Beschluss nach § 17a GVG zu entscheiden (vgl. BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 56, BAGE 158, 266).

2. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist eine in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende Sachurteilsvoraussetzung (BAG 12. Dezember 2017 - 3 AZR 305/16 - Rn. 22, BAGE 161, 142). § 545 Abs. 2 ZPO steht dem nicht entgegen. Diese Regelung bezieht sich - soweit man sie im arbeitsgerichtlichen Revisionsverfahren überhaupt für anwendbar hält (vgl. GMP/Müller-Glöge 9. Aufl. § 72 Rn. 53) - ungeachtet ihres weit gefassten Wortlauts nicht auf die internationale Zuständigkeit (vgl. BGH 28. November 2002 - III ZR 102/02 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 153, 82).

a) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für das vorliegende, am 15. September 2017 anhängig gemachte Verfahren bestimmt sich nach der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (im Folgenden: Brüssel Ia-VO), die nach ihrem Art. 66 Abs. 1 für die seit dem 10. Januar 2015 eingeleiteten Verfahren gilt.

aa) Bei einem Arbeitsrechtsstreit handelt es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit iSv. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Brüssel Ia-VO (vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 12, BAGE 153, 138 zur Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (im Folgenden: EuGVVO), der insoweit inhaltsgleichen Vorgängerregelung zur Brüssel Ia-VO).

bb) Der für ihre Anwendung erforderliche Auslandsbezug (vgl. EuGH 17. November 2011 - C-327/10 - [Hypoteční banka] Rn. 29; BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 752/11 - Rn. 21; jeweils zur EuGVVO) ergibt sich daraus, dass der Kläger seinen Wohnsitz in einem Drittstaat hat (vgl. EuGH 1. März 2005 - C-281/02 - Rn. 26, zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 - BGBl. 1972 II S. 774; im Folgenden: EuGVÜ, dem Vorgängervertrag zur EuGVVO).

b) Nach Art. 20 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1 Buchst. a Brüssel Ia-VO kann ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, vor den Gerichten

des Mitgliedstaats, in dem er seinen Wohnsitz hat, verklagt werden. Juristische Personen haben nach Art. 63 Abs. 1 Brüssel Ia-VO ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz (*Buchst. a*) bzw. ihre Hauptniederlassung (*Buchst. c*) befindet. Für Klagen gegen die Beklagte mit Sitz in Köln und Hauptniederlassung in Frankfurt am Main ist eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte damit gegeben. Zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Indien bestehen keine zwischenstaatlichen Übereinkünfte, die gemäß den Art. 71, 72 Brüssel Ia-VO vorrangig zu beachten wären.

II. Die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers sei nicht wegen Verstoßes gegen deutsches Recht - insbesondere § 626 BGB und § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG - nichtig, erweist sich als frei von Rechtsfehlern. Das Arbeitsverhältnis der Parteien unterliegt indischem Vertragsstatut. 19

1. Das anwendbare materielle Recht bestimmt sich nach Art. 27 ff. EGBGB in der bis 16. Dezember 2009 geltenden Fassung (aF). Die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-VO) findet keine Anwendung, weil der Arbeitsvertrag der Parteien vor dem 17. Dezember 2009 (*vgl. Art. 28 Rom I-VO*) geschlossen wurde und es in der Folgezeit keine umfangreiche Vertragsänderung gab, die der Sache nach zu einer Ersetzung des bisherigen Vertrags geführt hätte (*vgl. EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 35 ff.*). 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 (aF) (*BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 20*). 20

2. Dem jeweils anwendbaren Vertragsstatut unterliegt auch der privatrechtliche Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (*vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 18, BAGE 153, 138*). Gleiches gilt für die Regelung in § 626 BGB. 21

3. Die Parteien haben in Nr. 2 des Arbeitsvertrags ausdrücklich die Geltung indischen Rechts gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB (aF) vereinbart. Die diesbezügliche Auslegung des Arbeitsvertrags durch das Landesarbeitsgericht ist 22

revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Kläger hat hiergegen keine durchgreifenden Rügen erhoben. Er setzt lediglich sein Verständnis vom Inhalt der vertraglichen Vereinbarung gegen die Auffassung des Berufungsgerichts. Das reicht nicht aus. Die Ansicht des Klägers ist zudem unzutreffend. Seine Annahme, es solle im Vertrag nur zum Ausdruck gebracht werden, dass dieser nicht gegen indisches Recht verstoßen dürfe, geht an der Sache vorbei. Der Vertrag darf deshalb nicht gegen indisches Recht verstoßen, weil dieses anwendbar sein soll.

4. Die Rechtswahl der Parteien konnte nicht iSv. Art. 30 Abs. 1 EGBGB (aF) dazu führen, dass dem Kläger der Schutz entzogen würde, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB (aF) mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Das Arbeitsverhältnis unterlag auch objektiv indischem Vertragsstatut. 23

a) Nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB (aF) ist auf Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse das Recht des Staates 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 Staates, 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 Arbeitnehmer den größten Teil seiner Tätigkeiten verrichtet (vgl. *EuGH 15. Dezember 2011 - C-384/10 - [Voogsgeerd] Rn. 37 zu Art. 6 Abs. 2 des Übereinkommens von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht [EVÜ] vom 19. Juni 1980 [BGBl. 1986 II S. 809], der der Vorschrift des Art. 30 EGBGB (aF) zugrunde liegt; BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 21, BAGE 153, 138*). 24

b) Der Begriff des „gewöhnlichen Arbeitsorts“ ist nach der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 6 Abs. 2 Buchst. a EVÜ, die auch für Art. 27 ff. EGBGB (aF) maßgeblich ist (vgl. *Art. 36 EGBGB (aF)*), weit zu verstehen (vgl. *BAG 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) - Rn. 25, BAGE 147, 342*). Übt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Vertragsstaaten aus, ist 25

gewöhnlicher Arbeitsort der Ort, an dem oder von dem aus er seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und - in Ermangelung eines Mittelpunkts der Tätigkeit - der Ort, an dem er den größten Teil seiner Arbeit verrichtet. Erst wenn auch danach ein gewöhnlicher Arbeitsort in einem Staat nicht feststellbar ist, darf - in Einklang mit den neuen Kollisionsnormen in Art. 8 Rom I-VO - auf die „einstellende Niederlassung“ (Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB (aF)) zurückgegriffen werden (EuGH 12. September 2013 - C-64/12 - [Schlecker] Rn. 31 f.; 15. März 2011 - C-29/10 - [Koelzsch] Rn. 43 ff.).

c) Hinsichtlich des Ortes, „an dem“ Flugpersonal gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, ist von einer indiziengestützten Methode auszugehen, mit der in Zweifelsfällen der Ort, „von dem aus“ der Arbeitnehmer den wesentlichen Teil seiner Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber tatsächlich erfüllt, zu bestimmen ist (vgl. EuGH 14. September 2017 - C-168/16, C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 60 ff. zu Art. 19 Nr. 2 Buchst. a EuGVVO). 26

aa) Dabei ist insbesondere zu ermitteln, in welchem Mitgliedstaat der Ort liegt, von dem aus der Arbeitnehmer seine Verkehrsdienste erbringt, an den er danach zurückkehrt, an dem er Anweisungen dazu erhält und seine Arbeit organisiert und an dem sich die Arbeitsmittel befinden. Außerdem ist der Ort zu berücksichtigen, an dem die Flugzeuge stationiert sind, in denen die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird (EuGH 14. September 2017 - C-168/16, C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 63 f.). 27

bb) Der Begriff des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, kann nicht mit dem Begriff der „Heimatbasis“ iSv. Anhang III der Verordnung (EWG) Nr. 3922/91 (im Folgenden: VO Nr. 3922/91) gleichgesetzt werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Begriff der Heimatbasis irrelevant wäre. Vielmehr stellt er einen Aspekt dar, der bei der Ermittlung der Indizien eine wichtige Rolle spielen und es unter Umständen ermöglichen kann, den Ort zu bestimmen, von dem aus die Arbeitnehmer gewöhnlich ihre Arbeit verrichten (EuGH 14. September 2017 - C-168/16, C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 66 f.). 28

- cc) Der Begriff der Heimatbasis wird in der Norm OPS 1.1095 des Anhangs III der VO Nr. 3922/91 als der Ort definiert, an dem das Flugpersonal systematisch seinen Arbeitstag beginnt und beendet sowie seine tägliche Arbeit organisiert und in dessen Nähe es für die Dauer des Vertragsverhältnisses seinen tatsächlichen Wohnsitz begründet hat und dem Luftfahrtunternehmer zur Verfügung steht. Dieser Ort wird weder beliebig noch vom Arbeitnehmer bestimmt, sondern gemäß der Norm OPS 1.1090 Nr. 3.1 des Anhangs III der VO Nr. 3922/91 vom Luftfahrtunternehmer für jedes Besatzungsmitglied. Die Heimatbasis verliere nur dann ihre Relevanz für die Bestimmung des Ortes, von dem aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Falls das konkrete Begehren eine engere Verknüpfung mit einem anderen Ort als der Heimatbasis aufweise (vgl. *EuGH 14. September 2017 - C-168/16, C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 70 ff.*). Der Begriff der Heimatbasis ist damit ein wichtiges Indiz für die Bestimmung des „Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet“ (vgl. *EuGH 14. September 2017 - C-168/16, C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 77*). 29
- d) Gemäß Art. 30 Abs. 2 Halbs. 2 EGBGB (aF) gilt die nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 EGBGB (aF) „an sich“ zutreffende 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 Staates anzuwenden. Um zu klären, ob „engere Verbindungen“ zu einem anderen Staat iSd. 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 (vgl. *BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 30, BAGE 153, 138*). 30
- aa) Zu berücksichtigen sind ua. der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers. Vertragsimmanente Gesichtspunkte wie die Vertragssprache, die Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, oder die Bezugnahme auf Rechtsvor- 31

schriften eines bestimmten Staates haben nachrangige Bedeutung. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, das vom Gesetzgeber vorgesehene Günstigkeitsprinzip durch die Vertragsgestaltung und entsprechende Abreden zu unterlaufen. Eine derartige Disposition über den zwingenden Arbeitnehmerschutz soll Art. 30 Abs. 1 EGBGB (aF) gerade verhindern. In seinem Rahmen kommt es auf davon unabhängige, objektive Umstände an (*vgl. BAG 10. April 2014 - 2 AZR 741/13 - Rn. 43*). Ein wesentliches Kriterium ist dabei der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Steuern und Abgaben entrichtet und der Sozialversicherung angeschlossen ist (*vgl. EuGH 12. September 2013 - C-64/12 - [Schlecker] Rn. 41 zu Art. 6 Abs. 2 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. April 2014 - 2 AZR 741/13 - aaO*).

bb) Die Würdigung des Berufungsgerichts und die Gewichtung der von ihm festgestellten Anknüpfungsmomente ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar, soweit sie auf tatsächlichem Gebiet liegt (*vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 30, BAGE 153, 138; BGH 9. März 1977 - IV ZR 112/76 -; offengelassen von BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 86, BAGE 158, 266*). Es muss alle Gesichtspunkte berücksichtigen, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen, und den- oder diejenigen würdigen, die seiner Ansicht nach am maßgeblichsten sind (*EuGH 12. September 2013 - C-64/12 - [Schlecker] Rn. 40 zu Art. 6 Abs. 2 EVÜ*). 32

e) Nach diesem Maßstab ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass auch ohne individuelle Rechtswahl indisches Recht nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB (aF) auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung fände. Der Kläger hat seine Arbeitsleistung von Indien aus erbracht. 33

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht darauf abgestellt, dass die Flugeinsätze des Klägers stets an seiner Heimatbasis Delhi begannen und endeten, er in der Nähe seiner Heimatbasis seinen Wohnsitz hat, vor Beginn der Tätigkeit in Delhi Briefings für den jeweiligen Flugeinsatz durchgeführt wurden 34

und dort auch andere verpflichtende Termine stattfanden. Die Bedeutung der Heimatbasis Delhi des Klägers wird für die Bestimmung seines gewöhnlichen Arbeitsorts insbesondere nicht durch eine engere Verknüpfung mit Deutschland in Zweifel gezogen. Die Gewichtung des Umstands, ob und in welchem Umfang der Kläger Weisungen aus Deutschland erhielt, hat das Berufungsgericht im Rahmen des ihm zukommenden Beurteilungsspielraums in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise vorgenommen. Für die Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsorts ist die „Staatszugehörigkeit“ der Flugzeuge iSv. Art. 17 des Abkommens über die internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944 („*Abkommen von Chicago*“, vgl. *EuGH 14. September 2017 - C-168/16, C-169/16 - [Nogueira ua.] Rn. 75 f.*) ohne Bedeutung. Da der gewöhnliche Arbeitsort des Klägers iSv. Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB (aF) mit Delhi bestimmt werden kann, kommt es auf die (hilfsweisen) Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur einstellenden Niederlassung iSv. Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB (aF) nicht an.

bb) Die gegen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts erhobenen Sachrügen greifen nicht durch. Ebenso hat der Kläger gegen die dieser zugrunde liegenden Feststellungen (§ 559 Abs. 2 ZPO) weder eine Verfahrensrüge erhoben noch Tatbestandsberichtigung beantragt. 35

(1) Der Ort, an dem die Flugzeuge stationiert sind, ist nur ein untergeordnetes Kriterium mit schwacher Indizwirkung, da er nicht zwingend mit dem Ort, an dem der Kläger gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, korrespondieren muss. 36

(2) Die Darstellung des Klägers, er absolviere immer mindestens einen Flug von Deutschland aus und kehre regelmäßig nach Frankfurt zurück, ist unzutreffend. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts beginnt und beendet der Kläger sämtliche Umläufe an seiner Heimatbasis in Delhi. Auf diese werden auch die gesamten für das Arbeitsverhältnis relevanten Berechnungen bezogen. Allein der Umstand, dass der Kläger - dem Sinn und Zweck des Luftverkehrs geschuldet - an einem anderen Flughafen landet und von dort zu seiner Heimatbasis zurückkehrt, ändert nichts daran, dass Bezugspunkt für das 37

Arbeitsverhältnis die Heimatbasis ist. Dort beginnt und endet der jeweilige Umlauf für den Kläger.

(3) Die Darstellung des Klägers, er habe seine gesamten Anweisungen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis in Frankfurt erhalten, entspricht nicht den Feststellungen im Berufungsurteil. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr festgestellt, dass die Briefings mit der Erteilung von Dienstanweisungen zu Beginn der Umläufe in Delhi stattfanden, die kurzfristige operative Einsatz- und Urlaubsplanung in Indien erfolgte und sich dort auch die Personalabteilung befand, die ihm ua. eine Abmahnung erteilte. 38

(4) Ebenso ist es unzutreffend, dass die Arbeitsorganisation des Klägers allein in Frankfurt erfolge. Das Landesarbeitsgericht hat im Einzelnen festgestellt, welche Planungen und Maßnahmen in Deutschland durchgeführt werden und welche in Indien. Dem setzt der Kläger lediglich seine Ansicht gegenüber, die er mit der Bezeichnung als „unstreitig“ oder „nachgewiesen“ zu bekräftigen versucht, ohne dass dies aus dem Berufungsurteil nachvollziehbar wäre. 39

(5) Sein Hinweis, dass sich die Beklagte in Nr. 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrags ein Versetzungsrecht vorbehalten habe, ist unbehelflich. Die Parteien haben in Nr. 1 Abs. 1 des Vertrags Delhi als Heimatbasis festgelegt. Darin liegt ein starkes, im Zusammenspiel mit den übrigen Umständen ausschlaggebendes Indiz für den gewöhnlichen Arbeitsort. Dass die Beklagte diesen Ort - in der Zukunft - ggf. einseitig ändern kann, besagt nichts über dessen Bestimmung in der Gegenwart. 40

(6) Das Landesarbeitsgericht hat die fachlichen und organisatorischen Bezugspunkte des Arbeitsverhältnisses zu Deutschland bei der gebotenen Bewertung nicht unberücksichtigt gelassen. Die im Vordergrund stehende Bedeutung der Heimatbasis werde aber durch kein anderes Kriterium verdrängt, zumal die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in Indien auch ein Personalbüro unterhalte, welches Maßnahmen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis ausführe und in dem auch fachliche Einweisungen stattfänden. Dies lässt keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. 41

f) Das Landesarbeitsgericht hat ebenfalls in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass das sich nach Art. 30 Abs. 2 Halbs. 1 EGBGB (aF) ergebende Vertragsstatut, wonach indisches Recht zur Anwendung kommt, nicht nach Halbs. 2 der Norm ausgeschlossen ist, weil sich aus der Gesamtheit der Umstände ergebe, dass das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu Deutschland aufweist. 42

aa) Das Landesarbeitsgericht hat darauf abgestellt, dass der Kläger die aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Steuern und Abgaben in Indien entrichtet, dort sozialversichert ist, die Parteien den Arbeitsvertrag in Indien geschlossen haben, der Kläger indischer Staatsbürger ist und dort seinen Wohnsitz und Lebensmittelpunkt hat, seine Vergütung in indischen Rupien bezahlt wird und disziplinarische Maßnahmen in den Räumen der Beklagten in Delhi erfolgen. Dabei hat es die Anknüpfungspunkte an Deutschland durchaus beachtet, nämlich den Sitz der Beklagten in Deutschland, wo auch ärztliche Untersuchungen, Trainings und die Briefings vor den Rückflügen stattfinden, sowie die Einsatz- und Urlaubsplanung und die Entgegennahme der Krankmeldung, ferner den Arbeitsort der Führungskräfte, den Abholort für die Arbeitsbekleidung und den früheren Ort eines Postfachs. Wenn das Landesarbeitsgericht daraus im Rahmen einer wertenden Gewichtung der Kriterien den Schluss zieht, dass es keine engere Verbindung des Arbeitsverhältnisses zu Deutschland als zu Indien gibt, hält sich dies im Rahmen seines Beurteilungsspielraums (*vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 30, BAGE 153, 138*). Dies gilt umso mehr, als die Einzelumstände, die auf eine engere Verbindung zu einem anderen Staat verweisen sollen, insgesamt das Gewicht der Regelanknüpfung deutlich übersteigen müssten (*vgl. BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 87, BAGE 158, 266*). 43

bb) Die hiergegen im Revisionsverfahren erhobenen Sachrügen sind unbegründet. Das für den Kläger bei einer Bank in Deutschland geführte Spesenkonto hat gemessen an den übrigen Umständen der Bezahlung, Versteuerung und Sozialversicherung erkennbar kein entscheidendes Gewicht. Soweit er in Zweifel zieht, dass sein Lebensmittelpunkt in Indien sei, widerspricht das den bin- 44

denden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Dies gilt gleichermaßen für sein Tatsachenvorbringen zu den Trainings, Untersuchungen und Briefings am Umlaufbeginn. Ebenso enthält der Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Bezugnahme auf den MTV oder den TV PV.

5. Vorschriften des deutschen Rechts, die einer Wirksamkeit der Kündigung entgegenstehen könnten, sind nicht trotz der Geltung des indischen Rechts für das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar, weil es sich um sogenannte „Eingriffsnormen“ handelte. 45

a) Nach Art. 34 EGBGB (aF) bleiben ohne Rücksicht auf eine nach Art. 27 ff. EGBGB (aF) getroffene Rechtswahl und das hiernach auf den Vertrag anzuwendende Recht diejenigen Bestimmungen des deutschen Rechts unberührt, die den Sachverhalt zwingend regeln. Nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, der zwar auf den Streitfall nicht anwendbar ist, aber zur Orientierung insoweit herangezogen werden kann (vgl. BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 67, BAGE 158, 266), sind „Eingriffsnormen“ zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie auf alle in Betracht kommenden Sachverhalte angewendet werden müssen (vgl. BAG 1. Juli 2010 - 2 AZR 270/09 - Rn. 31). Art. 34 EGBGB (aF) will zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts ohne Rücksicht auf ihren Schutznormcharakter und „ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anwendbare Recht“ durchsetzen (vgl. BAG 18. April 2012 - 10 AZR 200/11 - Rn. 14, BAGE 141, 129). 46

aa) Nicht alle nach deutschem Recht zwingenden Bestimmungen sind Eingriffsnormen. Dies folgt für arbeitsrechtliche Vorschriften aus Art. 30 Abs. 1 EGBGB (aF). Danach darf die vereinbarte Rechtswahl dem Arbeitnehmer nicht den Schutz zwingenden deutschen Arbeitsrechts entziehen, sofern dieses ohne Rechtswahl nach den objektiven Anknüpfungen des Art. 30 Abs. 2 EGBGB (aF) anzuwenden wäre. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn jede vertraglich unabdingbare arbeitsrechtliche Norm über Art. 34 EGBGB (aF) auf das Arbeitsverhältnis einwirken würde (BAG 13. November 2007 - 9 AZR 134/07 - Rn. 78, 47

BAGE 125, 24). Es reicht nicht aus, dass die betreffende Norm als Arbeitnehmerschutznorm einseitig zwingend und günstiger als die nach dem an sich anwendbaren ausländischen Recht einschlägige Vorschrift ist.

bb) Inländische Gesetze sind daher nur dann Eingriffsnormen iSd. Art. 34 EGBGB (aF), wenn sie entweder ausdrücklich (*zB § 2 AEntG; vgl. ErfK/Schlachter 20. Aufl. Rom I-VO Art. 9 Rn. 21*) oder nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach deutschen Kollisionsnormen anwendbare Recht gelten sollen. Erforderlich ist, dass die Vorschrift nicht nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet ist, sondern mit ihr zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt werden (*BAG 18. April 2012 - 10 AZR 200/11 - Rn. 14, BAGE 141, 129; 13. November 2007 - 9 AZR 134/07 - Rn. 78, BAGE 125, 24*).

cc) Bei der Bestimmung einer innerstaatlichen Norm als international zwingende Eingriffsnorm ist Zurückhaltung geboten, wie sich auch aus Erwägungsgrund 37 zur Rom I-VO ergibt, nach dem der Begriff „Eingriffsnormen“ eng ausgelegt werden soll (*EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 43 f.; BAG 18. April 2012 - 10 AZR 200/11 - Rn. 14, BAGE 141, 129*).

b) Nach diesem Maßstab sind die vom Kläger angeführten Vorschriften des deutschen Rechts - insbesondere des BGB und des BEEG - keine Eingriffsnormen iSv. Art. 34 EGBGB (aF).

aa) Dies gilt zunächst für Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes (§§ 1 bis 14 *KSchG*). Sie dienen nach dem individualrechtlichen Konzept des deutschen Kündigungsschutzrechts in erster Linie dem Ausgleich eines Konflikts zwischen Privatleuten und nur mittelbar sozialpolitischen Zwecksetzungen (*vgl. BAG 10. April 2014 - 2 AZR 741/13 - Rn. 38; 1. Juli 2010 - 2 AZR 270/09 - Rn. 31 mwN*). Das gilt ebenso für die Regelungen zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 *BGB*) und zu den Kündigungsfristen (§ 622 *BGB*). Diese gewähren einen temporären Bestandsschutz, der letztlich nur auf ein Übergangsinteresse zielt (*vgl. BAG 24. Oktober 2019 - 2 AZR 158/18 - Rn. 45*). Der Hinweis des Klägers auf den grundsätzlich zwingenden Charakter der gesetzli-

chen Regelung (zu den Ausnahmen vgl. § 622 Abs. 4 und Abs. 5 BGB) verkennt, dass nicht jede individualrechtlich zwingende Norm eine Eingriffsnorm darstellt.

bb) § 174 BGB schützt das Interesse des am einseitigen Rechtsgeschäft nicht willentlich Beteiligten an Sicherheit darüber, ob der handelnde Vertreter bevollmächtigt war und das Rechtsgeschäft Wirksamkeit erlangt hat (vgl. BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 147/19 - Rn. 35 ff.; Staudinger/Schilken (2019) § 174 Rn. 1). Die Norm dient allein dem Individualinteresse. 52

cc) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass es sich bei § 18 Abs. 1 BEEG jedenfalls dann nicht um eine Eingriffsnorm iSv. Art. 34 EGBGB (aF) handelt, wenn der die Elternzeit beanspruchende Arbeitnehmer - wie der Kläger - seinen gewöhnlichen Arbeitsort nicht im Inland hat. 53

(1) Ob die §§ 15 ff. BEEG Eingriffsnormen sind, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt (dafür BeckOK ArbR/Schrader Stand 1. März 2020 BEEG § 15 Rn. 14; ablehnend Buchner/Becker MuSchG/BEEG 8. Aufl. § 15 BEEG Rn. 4). Zum Teil wird zumindest ein gewöhnlicher Arbeitsort im Inland gefordert (APS/Rolfs 5. Aufl. BEEG § 18 Rn. 5; EuArbR/Krebber 3. Aufl. Rom I-VO Art. 9 Rn. 35). 54

(2) § 15 BEEG soll die Betreuung und Erziehung eines Kindes in den ersten Lebensjahren durch einen Elternteil fördern (bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie; vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck 18. Aufl. § 172 Rn. 2). Der Vorschriftenkomplex über die Inanspruchnahme der Elternzeit, bei dem es sich in der Sache um ein Gestaltungsrecht handelt, enthält bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Elternzeit zwar öffentlich-rechtliche Gestaltungselemente (§ 18 Abs. 1 BEEG). Gleichwohl sind die §§ 15 bis 21 BEEG nicht dem öffentlichen Recht, sondern dem Arbeitsrecht als Privatrecht zuzurechnen. Bei der Elternzeit geht es nicht um die Durchsetzung von Schutzbestimmungen mit hoheitlichen Mitteln, sondern um Vorgaben für das Arbeitsverhältnis, deren Inanspruchnahme zwar nicht auf der freien Entscheidung beider Vertragsparteien, aber doch auf jener des Arbeitnehmers und nicht des Staates 55

beruht. Als Anspruch auf Freistellung von der Arbeit in Verbindung mit einem besonderen Kündigungsschutz sind die Vorschriften der §§ 15 bis 21 BEEG dem Arbeitsrecht als dem Sonderprivatrecht der Arbeitnehmer, das Teil des Bürgerlichen Rechts ist, zuzuordnen (vgl. *MHdB ArbR/Heinkel 4. Aufl. § 191 Rn. 3*).

(3) Gemessen an diesen Zwecken dienen die §§ 15 ff. BEEG Individualinteressen, wenn auch Gemeinschaftsbelange nicht völlig unerheblich sind. Mit der gesetzlichen Regelung wird letztlich ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Betreuung seines Kindes abgesichert, wobei es ihm freisteht, davon Gebrauch zu machen. Gegen eine international zwingende Regelung sprechen die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme von Elternzeit (*Buchner/Becker MuSchG/BEEG 8. Aufl. § 15 BEEG Rn. 4*) und - jedenfalls in Bezug auf nicht in Deutschland tätige Arbeitnehmer - das Territorialitätsprinzip (vgl. *APS/Rolfs 5. Aufl. BEEG § 18 Rn. 5 und MuSchG 1968 § 9 Rn. 21*). Die Regelungen über die Elternzeit (§§ 15 ff. BEEG) müssen zudem im Zusammenhang mit den Bestimmungen über das Elterngeld (§§ 1 ff. BEEG) betrachtet werden (vgl. zum *BErzGG BT-Drs. 10/3792 S. 19, wonach die Vorschriften über die Gewährung von Erziehungsurlaub die notwendige Ergänzung zum Erziehungsgeld sind*). § 1 Abs. 1 Nr. 1 BEEG lässt erkennen, dass der Gesetzgeber den Gemeinwohlbelang - soweit er vorliegend von Bedeutung sein könnte - allein auf das Inland bezogen hat.

56

(4) Daneben enthält § 18 BEEG - wie § 168 SGB IX - keinen privatrechtlichen Unwirksamkeitsbefehl. Die Nichtigkeit einer Kündigung, die ohne die erforderliche vorherige Zustimmung durch die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle erklärt wurde, folgt nicht aus § 18 BEEG selbst, sondern erst aus der - dem deutschen Vertragsstatut zugehörigen - Vorschrift des § 134 BGB (vgl. *BAG 10. Mai 2016 - 9 AZR 145/15 - Rn. 13, 15; 12. Mai 2011 - 2 AZR 384/10 - Rn. 21*). Es bedarf einer zivilrechtlichen Norm, um einen Verstoß gegen die öffentlich-rechtliche Vorschrift des § 18 BEEG im - deutschen - Privatrecht zu sanktionieren. Fände ausländisches Vertragsrecht Anwendung und kennte dies entweder keine § 134

57

BGB vergleichbare Norm oder wäre diese nicht dazu berufen, Vorschriften des deutschen öffentlichen Rechts Geltung zu verschaffen, bliebe § 18 BEEG insofern folgenlos und stellte sich das Erfordernis, die Zustimmung einer deutschen Behörde einzuholen, als bloße Förmerei dar (vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 68, BAGE 153, 138 zu § 85 SGB IX in der bis 31. Dezember 2017 geltenden Fassung, jetzt: § 168 SGB IX).

(5) Die Annahme, der Gesetzgeber habe § 18 BEEG international zwingend ausgestaltet, ist umso weniger naheliegend, als durch das BEEG die Richtlinie 2010/18/EU umgesetzt wird. Diese fordert in § 5 Nr. 4 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub aber nicht zwingend einen Sonderkündigungsschutz, sondern nur die „erforderlichen Maßnahmen“, worunter zB auch Abfindungszahlungen fallen können (vgl. EuGH 27. Februar 2014 - C-588/12 - [Lyreco Belgium] Rn. 37). 58

dd) § 102 TV PV iVm. § 102 BetrVG kommt als Eingriffsnorm nicht in Betracht. Tarifverträge können allenfalls dann international zwingende Eingriffsnormen darstellen, wenn sie durch besonderen Akt (Allgemeinverbindlicherklärung, Verordnung oder Gesetz) in staatlich gesetzte Normen überführt und ihnen damit ein staatlicher Geltungsgrund verliehen wurde (vgl. zB § 3 AEntG). Tarifliche Bestimmungen, die nicht durch staatlich normativen Anwendungsbefehl wirken, scheiden als Eingriffsnorm von vornherein aus (vgl. ErfK/Schlachter 20. Aufl. Rom I-VO Art. 9 Rn. 25; Deinert RdA 2009, 144, 151). Der TV PV hat nicht durch einen besonderen Akt einen staatlichen Geltungsgrund erhalten. Der Kläger verkennt, dass § 117 Abs. 2 BetrVG zwar den Tarifvertragsparteien erlaubt, die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung durch Tarifvertrag zu regeln. Damit macht sich der Gesetzgeber den Inhalt von entsprechenden tariflichen Regelungen aber nicht zu eigen. 59

6. Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Kündigung auch nicht unmittelbar deshalb unwirksam, weil die Personalvertretung nicht nach § 102 TV PV iVm. § 102 BetrVG dazu angehört wurde. Eine Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien nach dem TVG besteht grundsätzlich nur für Arbeitsverhältnisse, die deutschem Arbeitsrecht unterliegen (BAG 9. Juli 2003 - 10 AZR 60

593/02 - zu B (II) 2 d aa der Gründe). Daran fehlt es vorliegend. Darüber hinaus wäre auch § 102 BetrVG - auf den § 102 TV PV lediglich verweist - auf ständig im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer, die keine Beziehung zu einem Inlandsbetrieb haben, nicht anwendbar (vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 54/18 - Rn. 13).

III. Das Landesarbeitsgericht hat die auf Weiterbeschäftigung und Erteilung eines Zwischenzeugnisses gerichteten Anträge zu Unrecht beschieden. Diese sind als uneigentliche Hilfsanträge nicht zur Entscheidung angefallen. 61

1. Hinsichtlich des Anspruchs auf vorläufige Weiterbeschäftigung bezieht sich der Kläger ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Großen Senats vom 27. Februar 1985 (- GS 1/84 - BAGE 48, 122). Der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsschutzverfahrens wird regelmäßig ein unechter Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens mit dem Bestandsschutzantrag sein (vgl. Niemann Antragstellung und Tenorierung im Kündigungsschutzprozess NZA 2019, 65, 71). Das gilt auch dann, wenn die Formulierung des Antrags seinen Hilfscharakter nicht unmittelbar zu erkennen gibt (vgl. BAG 20. November 2014 - 2 AZR 512/13 - Rn. 56; 31. Juli 2014 - 2 AZR 434/13 - Rn. 55). Die Ausführungen des Klägers im vorliegenden Fall geben keinen Anlass zu einem anderen Verständnis. 62

2. Auch der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf ein Zwischenzeugnis ist als uneigentlicher Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens mit dem Bestandsschutzantrag auszulegen. Zwar kann auch während eines Bestandschutzrechtsstreits und unabhängig von einer positiven Bescheidung des diesbezüglichen Antrags ein Anspruch auf ein Zwischenzeugnis bestehen (vgl. BAG 4. November 2015 - 7 AZR 933/13 - Rn. 39). Der Kläger bezieht sich zur Begründung seines Anspruchs aber ausdrücklich auf eine Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts (28. März 2003 - 12 SaGa 1744/02 -), die unter II 2 der Gründe davon ausgeht, dass nach Ablauf der Kündigungsfrist der Anspruch auf ein Zwischenzeugnis grundsätzlich entfällt und dieser dann nur noch im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses geltend gemacht werden kann, wenn (in der betreffenden Instanz) der Bestandsschutzklage stattgege- 63

ben wird. Damit bringt er hinreichend klar zum Ausdruck, dass er seinen Antrag auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses als unechten Hilfsantrag für den Fall des Obsiegens mit seinem Bestandsschutzantrag verstanden haben will.

3. Da der Kläger weder in der Berufungsinstanz noch in der Revision mit seinem Bestandsschutzantrag Erfolg hatte, sind die Anträge auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses und vorläufige Weiterbeschäftigung nicht zur Entscheidung angefallen. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Kläger erstinstanzlich mit seinem Bestandsschutzantrag erfolgreich war. Bei dem die Unwirksamkeit der Kündigung feststellenden Urteil muss es sich um ein solches der aktuellen Instanz handeln (*vgl. BAG 30. Januar 1986 - 2 AZR 429/83 (C) - zu II 2 der Gründe*). 64

IV. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), da es zwar zum zutreffenden Ergebnis gekommen ist, indisches Recht sei auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar, es die Klage aber rechtsfehlerhaft abgewiesen hat, ohne den Inhalt des indischen Rechts zu ermitteln. 65

1. Die richtige Anwendung des deutschen internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts ist im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen. Soweit danach ausländisches Recht anzuwenden ist, hat das Tatsachengericht dieses gemäß § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln. Die Ermittlung darf sich nicht auf die Heranziehung der einschlägigen Rechtsquellen beschränken, sondern muss auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen. In welcher Weise sich das Tatsachengericht die notwendigen Kenntnisse verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Das Revisionsgericht darf insoweit lediglich überprüfen, ob es sein Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt, insbesondere sich anbietende Erkenntnisquellen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls hinreichend ausgeschöpft hat. Gibt die angefochtene Entscheidung keinen Aufschluss darüber, dass das Gericht seiner Pflicht nachgekommen ist, ausländisches Recht zu ermitteln, ist davon auszugehen, dass eine ausreichende Erforschung des ausländischen Rechts verfahrensfehlerhaft unterblieben ist (*vgl. BAG 17. November 2015 - 9 AZR 610/14 - Rn. 32; BGH*) 66

13. September 2016 - VI ZB 21/15 - Rn. 57, BGHZ 212, 1; 30. April 2013 - VII ZB 22/12 - Rn. 39).

2. Da die Ermittlung des ausländischen Rechts gemäß § 293 ZPO von Amts wegen zu erfolgen hat, kommt eine Entscheidung nach den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Inhalts des ausländischen Rechts nicht in Betracht (vgl. BGH 17. Mai 2018 - IX ZB 26/17 - Rn. 19). Ausländische Rechtsnormen sind Rechtssätze und keine Tatsachen. Eine prozessuale Beweisführungslast einer Partei für den Inhalt des ausländischen Rechts besteht im Rahmen des § 293 ZPO nicht (vgl. BAG 17. November 2015 - 9 AZR 610/14 - Rn. 32; 25. April 2013 - 6 AZR 49/12 - Rn. 119; anders, aber nicht tragend BAG 3. Mai 1995 - 5 AZR 15/94 - zu III 1 b der Gründe, BAGE 80, 84). Nur der Umfang der Ermittlungspflicht kann durch den Vortrag der Parteien beeinflusst werden (vgl. BGH 30. April 1992 - IX ZR 233/90 - zu B I 2 b bb der Gründe, BGHZ 118, 151).

3. Nach dem Vortrag des Klägers, dem die Beklagte entgegengetreten ist, soll die Kündigung auch nach indischem Recht unwirksam sein. In diesem Zusammenhang hat sich der Kläger zwar nicht auf konkrete Normen des indischen Rechts bezogen, aber jedenfalls in Bezug auf das „Domestic Enquiry“-Verfahren ansatzweise Tatsachen benannt, aus denen sich dessen Fehlerhaftigkeit ergeben soll.

a) Das Landesarbeitsgericht hat keinerlei Nachforschungen zum Inhalt des indischen Rechts angestellt, keine eigenen Kenntnisse des indischen Rechts behauptet und auch keinen Parteivortrag zum Inhalt indischen Rechts als zutreffend übernommen. Es legt auch nicht dar, von welchem Inhalt indischen Rechts es in Bezug auf die Streitgegenstände ausgeht. Vielmehr stellt es darauf ab, der Kläger habe nicht dargelegt, dass die Ansprüche nach indischem Recht begründet wären.

b) Die Verkennung der Darlegungs- und Beweislast ist ein materieller Rechtsfehler, der revisionsrechtlich ohne Verfahrensrüge von Amts wegen zu

beachten ist (vgl. BAG 21. September 2000 - 2 AZR 385/99 - zu B IV 2 e der Gründe).

V. Die Sache ist an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), da der Senat nicht in der Sache selbst entscheiden kann. 71

1. Dabei ist keine Entscheidung veranlasst, ob der Senat schon deshalb nicht selbst den Inhalt des indischen Rechts aufklären darf, weil dieses nicht revisibel ist. 72

a) Allerdings hat der Senat, der zunächst von der Irrevisibilität ausländischen Rechts ausgegangen ist (BAG 20. Juli 1967 - 2 AZR 372/66 -) in der Folgezeit angenommen, aus § 73 ArbGG folge - im Unterschied zu § 549 Abs. 1 ZPO in der bis 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (entspricht § 545 Abs. 1 ZPO in der bis 31. August 2009 geltenden Fassung) -, dass ausländisches Recht im arbeitsgerichtlichen Verfahren revisibel sei (vgl. BAG 10. April 1975 - 2 AZR 128/74 - zu IV 1 der Gründe, BAGE 27, 99). 73

b) Dieser Auffassung, die vom Senat in der Folgezeit bestätigt wurde (vgl. BAG 24. August 1989 - 2 AZR 3/89 - zu A II 4 a und b der Gründe, BAGE 63, 17; 10. April 2014 - 2 AZR 741/13 - Rn. 59), haben sich auch andere Senate des Bundesarbeitsgerichts angeschlossen (vgl. BAG 23. Juli 1986 - 5 AZR 120/85 - zu II 1 a der Gründe; 12. Dezember 1989 - 3 AZR 783/87 - zu 3 der Gründe; noch offengelassen von BAG 26. Februar 1985 - 3 AZR 1/83 - zu III 1 der Gründe). Zuletzt hat der Senat die Frage wieder offengelassen (vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 41, BAGE 153, 138). 74

c) Der Bundesgerichtshof hat für den Bereich des Zivilrechts - ausgehend vom ehemaligen Wortlaut des § 549 Abs. 1 ZPO bzw. § 545 Abs. 1 ZPO - stets die Revisibilität ausländischen Rechts verneint (seit BGH 8. November 1951 - IV ZR 10/51 - BGHZ 3, 343; vgl. zuletzt zu § 545 Abs. 1 ZPO in der bis 31. August 2009 geltenden Fassung BGH 20. Juli 2012 - V ZR 142/11 - Rn. 33). An dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof festgehalten, auch nachdem der Wortlaut des § 545 Abs. 1 ZPO seit dem 1. September 2009 eine dem § 73 Abs. 1 Satz 1 ArbGG ähnliche Fassung erhalten hat (grundlegend BGH 75

4. Juli 2013 - V ZB 197/12 - Rn. 18 ff., BGHZ 198, 14; vgl. auch BGH 6. Juli 2018 - V ZR 39/17 - Rn. 31; 13. September 2016 - VI ZB 21/15 - Rn. 54, BGHZ 212, 1).

d) Unbeschadet des ursprünglich unterschiedlichen Wortlauts von § 73 ArbGG und § 549 Abs. 1 ZPO bzw. § 545 Abs. 1 ZPO sowie der Gesetzgebungsgeschichte zur Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO (vgl. hierzu BGH 4. Juli 2013 - V ZB 197/12 - Rn. 20, BGHZ 198, 14) sprechen die besseren Argumente dafür, auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren nicht von einer Revisibilität ausländischen Rechts auszugehen. Zwar stünde der Wortlaut von § 73 Abs. 1 Satz 1 ArbGG der Einbeziehung ausländischen Rechts nicht entgegen. Ausländische Rechtsnormen sind für deutsche Gerichte Rechtssätze, nicht Tatsachen (vgl. Zöller/Geimer ZPO 33. Aufl. § 293 Rn. 14). Auch aus einer (ehemaligen) gesetzesübergreifenden Systematik könnte abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber für den Bereich des Zivilrechts und des Arbeitsrechts differenzierende Regelungen habe schaffen wollen. Der Zweck des Revisionsverfahrens (vgl. hierzu bereits BGH 2. Mai 1966 - III ZR 92/64 - zu 4 der Gründe, BGHZ 45, 351) spricht aber im arbeitsgerichtlichen Verfahren - ebenso wie im zivilgerichtlichen Verfahren - gegen die Revisibilität ausländischen Rechts. Über seinen Inhalt könnte in der Revisionsinstanz nicht von deutschen Gerichten verbindlich entschieden werden. Diese haben ausländisches Recht vielmehr so anzuwenden, wie es die Gerichte des betreffenden Landes auslegen und anwenden (vgl. BAG 17. November 2015 - 9 AZR 610/14 - Rn. 32; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 99, BAGE 153, 138). Die Klärung derartiger Rechtsfragen ist der ausländischen Rechtspraxis vorbehalten; die Instanzgerichte müssen - unabhängig von der Spruchpraxis des Bundesarbeitsgerichts - die aktuelle Rechtslage im Ausland stets aufs Neue überprüfen (vgl. BGH 4. Juli 2013 - V ZB 197/12 - Rn. 21, BGHZ 198, 14). Ebenso könnte eine Divergenz (§ 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG) nicht durch das Bundesarbeitsgericht aufgelöst werden, da auch insoweit die Rechtspraxis des ausländischen Staates maßgeblich wäre. Aus den vorgenannten Gründen hält der Senat an seiner Auffassung, ausländisches Recht sei revisibel, nicht weiter fest.

76

2. Unabhängig von der vorstehend erörterten Frage nach der Revisibilität ausländischen Rechts bedarf es einer Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht jedenfalls schon deshalb, weil nach der Feststellung des Inhalts des indischen Rechts beiden Parteien Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag (*vgl. § 563 Abs. 3 ZPO*) gegeben werden muss. 77

a) Allerdings kann in Fällen, in denen das Berufungsgericht das ausländische Recht weder ermittelt noch angewendet hat, eine solche Rechtsermittlung und Anwendung durch das Revisionsgericht in Betracht kommen (*vgl. BAG 25. April 2013 - 6 AZR 49/12 - Rn. 119; 9. Dezember 1976 - 2 AZR 581/75 - zu III 2 a der Gründe; aA wohl BAG 12. Dezember 1989 - 3 AZR 783/87 - zu 3 der Gründe*). Dies gälte auch dann, wenn ausländisches Recht nicht revisibel wäre, da es sich hierbei nicht um die unzulässige Nachprüfung einer Entscheidung des Berufungsgerichts handelte (*vgl. BGH 12. November 2003 - VIII ZR 268/02 - zu II 1 a bb der Gründe; 30. Oktober 1974 - IV ZR 18/73 - BGHZ 63, 219*). 78

b) Einer Zurückverweisung der Sache bedarf es aber jedenfalls dann, wenn - wie hier - im Rahmen der Ermittlung ausländischen Rechts neuer Sachvortrag der Parteien zu erwarten ist. Diese haben sich vorinstanzlich fast ausschließlich mit der Anwendbarkeit deutschen Rechts auseinandergesetzt und die Frage der Wirksamkeit der Kündigung und des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses nach indischem Recht nur schlagwortartig behandelt. Im Rahmen der Ermittlung der Maßstäbe des indischen Rechts ist zu erwarten, dass die Parteien ihren Sachvortrag hierzu vertiefen. 79

3. Das Landesarbeitsgericht wird daher aufzuklären haben, nach welchen Maßstäben indischen Rechts die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu bewerten ist und ob eine etwaige Unwirksamkeit - entsprechend dem Klageziel des Klägers - zum Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses führte. Wäre dies der Fall, hätte sich das Landesarbeitsgericht mit den Hilfsanträgen auf vorläufige Weiterbeschäftigung und der Erteilung eines Zwischenzeugnisses zu befassen. Bei den Ermittlungen zum Inhalt des indischen Rechts - ggf. unter Einholung eines Sachverständigengutachtens - wird es zu beachten haben, 80

dass es die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen muss (*vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 99, BAGE 153, 138*). In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht den Parteien Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag zu geben haben. Der Kläger hat bislang zumindest kurssächlich geltend gemacht, seine Klage sei auch nach indischem Recht begründet. Die Beklagte hat darauf lediglich erwidert, die Kündigung sei nach Maßgabe indischem Rechts wirksam und die Anforderungen des „Domestic Enquiry“-Verfahrens seien erfüllt.

Koch

Rachor

Schlünder

Krüger

B. Schipp