

Große Lehrbücher

[Internationales Privatrecht Band 2: Besonderer Teil](#)

Bearbeitet von

Begründet von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian Bar, FBA, MAE, Fortgeführt von Prof. Dr. Peter Mankowski

2., neu bearbeitete Auflage 2019. Buch. LXII, 1100 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 53563 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Internationales Privatrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Weisungsrecht handelt, ist unerheblich.¹³⁹⁷ Welche Weisungsrechte gegenüber Organpersonen bestehen, ist eine Frage an das Gesellschaftsstatut.¹³⁹⁸ Dabei handelt es sich um eine Erstfrage im Sinne des IPR,¹³⁹⁹ die auch nicht über Art. 1 II lit. f Rom I-VO quasi durch die Hintertür doch wieder deutschrechtliche Bestellungskategorien einführen würde.¹⁴⁰⁰ Insoweit dominiert das Gesellschafts- das Arbeitsrecht.¹⁴⁰¹ Leitungsaufgaben „nach unten“ haben übrigens keinerlei Aussagegehalt dafür, ob Weisungsgebundenheit „nach oben“ gegenüber dem Unternehmensträger besteht.¹⁴⁰²

Fremdgeschäftsführer deutscher GmbHs sind in der Regel Arbeitnehmer, da sie nach deutschem GmbH-Recht den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen sind.¹⁴⁰³ Vorstandsmitglieder deutscher AGs sind dagegen keine Arbeitnehmer, denn nach § 76 I AktG sind sie nicht weisungsunterworfen, und es gibt niemanden, der ihnen Weisungen erteilen könnte.¹⁴⁰⁴

Das Gesamtsystem des europäischen Arbeitnehmerbegriffs in den verschiedenen Akten des Sekundärrechts ist grundsätzlich einheitlich, vom Primärrecht des Art. 45 AEUV ausgehend.¹⁴⁰⁵ Die prinzipielle Abgrenzungsfrage, wer ein Arbeitnehmer ist, ist im IPR nach Methodik, Ansatzpunkt und Wertung genauso wie im Mutterschutzrecht¹⁴⁰⁶ und im Recht der Massenentlassung¹⁴⁰⁷ zu entscheiden.¹⁴⁰⁸

Auf der zweiten Stufe, also nachdem prinzipiell-abstrakte Weisungsabhängigkeit der Organpersonen gemäß der Geschäftsstruktur festgestellt ist, ist zu klären, ob die Organpersonen in ihrer anderen Rolle als Gesellschafter konkret maßgeblichen Einfluss auf die Weisungserteilung zu nehmen vermögen, sich also Weisungen gleichsam selbst erteilen.¹⁴⁰⁹ Dies scheidet wiederum aus, wenn die Geschäftsführer/Organpersonen ihre Weisungen von einem board oder Aufsichtsgremium erhalten, das nicht von Anteilseignern dominiert ist.¹⁴¹⁰

Der konkrete Einfluss einer Gesellschafter-Organperson auf den Unternehmensträger über ihre Stellung als Gesellschafter ist dagegen im Kern ein materielles Kriterium. Jedoch hilft eine formelle Faustformel: Ein Mehrheitsgesellschafter wird bestimmenden Einfluss haben.¹⁴¹¹ Dabei kommt es aber weniger auf die Höhe der Beteiligung als vielmehr auf den Stimmrechtsanteil an. Stimmrechtslose Vorzugsaktien vermitteln keinen Einfluss in der Gesellschafterversammlung und tragen nicht zur Weisungsbildung bei. Umgekehrt können

¹³⁹⁷ Forst, EuZW 2015, 664, 665 f.

¹³⁹⁸ Mankowski, RIW 2004, 167, 170; ders., RIW 2015, 821 f.; Kindler, IPRax 2016, 115, 116; Reinstadler/Reinalter, Giur. It. 2016, 851, 853; L. Hübner, ZGR 2016, 897, 905 f.

Auslandsrechtliche Darstellungen zum englischen und französischen Recht bietet Jenderek S. 37–94.

¹³⁹⁹ Mankowski, EuZA 2016, 398, 399.

Kritisch zum Rekurs auf nationales Recht Knöfel, EuZA 2016, 348, 359.

¹⁴⁰⁰ L. Hübner, ZGR 2016, 897, 907 f.

¹⁴⁰¹ Jenderek S. 95.

¹⁴⁰² GA Cruz Villalón, ECLI:EU:C:2015:309 Nr. 30; Mankowski, RIW 2004, 167, 169.

¹⁴⁰³ Mankowski, LAGE Art. 30 EGBGB Nr. 7 S. 15, 19 (März 2004); Rauscher/Mankowski Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 31; im Ergebnis ähnlich (Analogie) OLG Düsseldorf RIW 2004, 230, 232 f.

¹⁴⁰⁴ Mankowski, LAGE Art. 30 EGBGB Nr. 7 S. 15, 19 (März 2004); ders., ZIP 2010, 802, 803; ders., RIW 2015, 821, 822; Gastell EWS 9/2005, I; Diller/Wilske, DB 2007, 1866, 1868; Jungemeyer, jurisPR-IWR 4/2015 Anm. 1 sub D; Kindler, IPRax 2016, 115, 116; L. Hübner, ZGR 2016, 897, 910.

¹⁴⁰⁵ Forst, EuZW 2015, 664, 665, 667.

¹⁴⁰⁶ Dort EuGH Slg. 2010, I-11405 Rn. 47–51 – Dita Danosa/LKB L zings SIA.

¹⁴⁰⁷ Dort EuGH ECLI:EU:C:2014:77 Rn. 17 f. – Kommission/Italien; EuGH ECLI:EU:C:2015:455 Rn. 35–48 – Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH.

¹⁴⁰⁸ EuGH ECLI:EU:C:2015:574 Rn. 41 f. – Holterman Ferho Exploitatie BV/Friedrich Leopold Freiherr Spies v. Büllesheim; Mankowski, RIW 2015, 821 (821); Jungemeyer, jurisPR-IWR 4/2015 Anm. 1 sub C.

¹⁴⁰⁹ GA Cruz Villalón, ECLI:EU:C:2015:309 Nr. 31; Mankowski, RIW 2004, 167, 171; ders., RIW 2015, 821, 822; Messai-Bahri, Bull. Joly Sociétés 2016, 135, 136; Reinstadler/Reinalter, Giur. It. 2016, 851, 853; Arous, Ondernemingsrecht 2017, 302, 304 sowie EuGH Slg. 1996, I-3089, I-3121 Rn. 26 – P.H. Asscher/Staatssecretaris van Financiën; EuGH Slg. 1999, I-3289, I-3311 Rn. 15 – C.P.M. Meeusen/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep.

¹⁴¹⁰ Mankowski, RIW 2004, 167, 171.

¹⁴¹¹ Forst, EuZW 2015, 664, 666.

Stimmrechtsverträge Abstimmungsverhältnisse in Organen steuern. Bedeutung kann zudem gewinnen, inwieweit der Gesellschafter Mitglieder in ein Kontrollorgan (z.B. einen Aufsichtsrat oder einen Beirat) entsenden darf, das seinerseits den Organpersonen des Geschäftsführungsorgans Weisungen zu erteilen befugt ist.¹⁴¹²

556 Beispiel: Martin Lanstein ist einziger Geschäftsführer der Müller-Schreckenbergs Bürowelt GmbH, eingetragen im Handelsregister des AG Augsburg, und arbeitet von Salzburg aus. Er ist an der GmbH a) zu 20% beteiligt, während je 40% bei seiner Ehefrau und deren Bruder liegen; b) zu 51% beteiligt, während 49% bei einer Müller-Schreckenbergs Family Office KG liegen; c) gar nicht beteiligt. Einen Beirat hat die GmbH nicht.

557 Für Eigenorganschafter, die zugleich maßgeblich beteiligte Gesellschafter sind, neigt sich die Waage letztlich auch deshalb zur Ausgrenzung aus dem Arbeitnehmerbegriff,¹⁴¹³ weil sie ein unternehmerisches Risiko (mit)tragen.¹⁴¹⁴ Wer an einer Gesellschaft *wesentlich* beteiligt ist, trägt ein unternehmerisches Verlustrisiko an dem von ihm eingesetzten Kapital und ist Nachschuss- wie Haftungspflichten nach Maßgabe des Gesellschaftsstatuts ausgesetzt.¹⁴¹⁵ Unbeschränkte persönliche Haftung in einer Personengesellschaft begründet jedenfalls ein unternehmerisches Risiko.

558 Andererseits stehen erfolgsabhängige Vergütungsanteile einer Arbeitnehmereigenschaft nicht zwingend entgegen.¹⁴¹⁶ Ebenso wenig schadet automatisch die Beteiligung an der Gesellschaft,¹⁴¹⁷ insbesondere wenn sich die Beteiligung nur aus dem Einlösen erteilter Optionen ist und damit eigentlich besonderer Vergütungsbestandteil ist.¹⁴¹⁸ Auch wer nur wenige „Belegschaftsanteile“ besitzt, trägt kein unternehmerisches Risiko.¹⁴¹⁹

559 Organpersonen, die ohne Vergütung oder für eine nur symbolische Vergütung arbeiten (letzteres die berühmten Ein-Dollar- oder Ein-Euro-Personen), fallen über ein wieder anderes, drittes Merkmal aus dem Arbeitnehmerbegriff heraus, der eben eine entgeltliche Tätigkeit verlangt. Dies betrifft Organpersonen von gemeinnützigen Unternehmen, Charities¹⁴²⁰ oder von Sanierungsfällen.

560 Eine eigene Fallgruppe bilden solche Organpersonen, die einen (alleinigen oder weiteren) Anstellungsvertrag mit einer anderen Gesellschaft als derjenigen, deren Organ sie sind, besitzen (z.B. zu Tochtergesellschaften entsandte Manager mit der entsendenden Muttergesellschaft) und sich in einer vertraglichen Streitigkeit mit jener anderen Gesellschaft befinden. Solche Organpersonen sind Arbeitnehmer, und ihr dann relevanter Arbeitgeber ist die andere Gesellschaft, der Partner des Anstellungsvertrages.¹⁴²¹ Insoweit geht es eben nicht um einen Streit zwischen der Organperson und der gemeinhin von ihr vertretenen Gesellschaft. Diese Gesellschaft ist mit Blick auf den Anstellungsvertrag nur Dritter, aber nicht Partei.¹⁴²²

561 e) *Leitende Angestellte.* Ein leitender Angestellter bleibt ein *Angestellter*. Er ist nicht einmal eine Organperson. Er hat zwar intern Weisungsbefugnisse, repräsentiert aber nicht den

¹⁴¹² Mankowski, RIW 2015, 821, 822.

¹⁴¹³ EuGH Slg. 1996, I-3089 Rn. 26 – P.H. Asscher/Staatssecretaris van Financiën; EuGH Slg. 1999, I-3289 Rn. 15 – C.P.M. Meeusen/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep; Mankowski, RIW 2004, 167, 171 sowie *Gastell* EWS 9/2005, I.

¹⁴¹⁴ Mankowski, RIW 2004, 167, 171; *ders.*, RIW 2015, 821, 822.

¹⁴¹⁵ Mankowski, RIW 2004, 167, 171; siehe auch Mankowski, EWiR Art. 5 EuGVÜ 1/99, 949, 950; *Bosse* S. 67.

¹⁴¹⁶ EuGH Slg. 1989, 4459 Rn. 36 – The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte *Agregate Ltd.*

¹⁴¹⁷ EuGH Slg. 1991, I-5889 Rn. 13 – *Merci convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*; GA *Cruz Villalón*, ECLI:EU:C:2015:309 Nr. 36.

¹⁴¹⁸ Mankowski, RIW 2004, 167, 171.

¹⁴¹⁹ *Bosse* S. 68 f.

¹⁴²⁰ *P. Haas*, Eur. Co. L. 13 (2016), 79, 81.

¹⁴²¹ Ktg. Utrecht NIPR 2002 Nr. 199 S. 339; Mankowski, LAGE Art. 30 EGBGB Nr. 7 S. 15, 20 (März 2004); *ders.*, RIW 2004, 167, 172; Rauscher/Mankowski Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 8e.

¹⁴²² Rauscher/Mankowski Art. 20 Brüssel Ia-VO Rn. 8e.

Arbeitgeber als Organisation und juristisches Gebilde. Sachrechtliche Besonderheiten und eventuelle Sonderstellungen von leitenden Angestellten im Kontrast zu „normalen“ Arbeitnehmern schlagen auf das IPR nicht durch.¹⁴²³ Leitende Angestellte sind und bleiben weisungsunterworfen.

f) *Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst.* Dass ein Arbeitnehmer Beamter oder Angestellter im öffentlichen Dienst ist, ändert prinzipiell nichts an seiner Arbeitnehmereigenschaft,¹⁴²⁴ auch sub specie Art. 1 I Rom I-VO und der dortigen Einschränkung auf Zivil- und Handelssachen.¹⁴²⁵ Angestellte oder Funktionäre internationaler Organisationen oder der EU selber sind ebenfalls grundsätzlich Arbeitnehmer.¹⁴²⁶ Ob Immunität des anstellenden Staates auch im Innenverhältnis zwischen diesem und seinem Beamten besteht, ist eine Frage der Gerichtsbarkeit und damit des IZPR.¹⁴²⁷ Für das IPR spielt sie keine Rolle.

Angezeigt ist eine Abgrenzung entlang den zu Art. 39 IV EG entwickelten und unter Art. 45 IV AEUV fortzuführenden Linien. Zu den Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung zählen danach diejenigen Stellen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates und anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind.¹⁴²⁸ Dies umfasst auch legislative und richterliche Tätigkeit.¹⁴²⁹ Die Zuordnung zur öffentlichen Verwaltung hängt davon ab, ob die betreffenden Stellen typisch für die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung sind.¹⁴³⁰ Die formelle Verbeamtung ist nicht ausschlaggebend,¹⁴³¹ ebenso wenig die Stellenbezeichnung als Beamter, Angestellter oder Arbeiter.¹⁴³² Gefordert ist eine funktionelle, keine institutionelle Betrachtung.¹⁴³³ Das nationale Recht und seine Qualifikationsentscheidung präjudizieren und determinieren den autonomen Begriff und die Formel zu seiner Ausfüllung nicht.¹⁴³⁴

¹⁴²³ *Mankowski*, AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 7R, 8; *Grušić* S. 36–38 sowie BAG AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 5R Rn. 27.

¹⁴²⁴ Siehe nur EuGH Slg. 1974, 153 Rn. 5 – J. Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost; EuGH Slg. 1986, 2121 Rn. 20 – Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg; EuGH Slg. 1991, I-5627 Rn. 6 – Annetta Bleis/Ministère de l'Éducation national; EuGH Slg. 1998, I-47 Rn. 12f. – Kalliopi Schöning-Kougebetopoulou/Freie und Hansestadt Hamburg.

¹⁴²⁵ *Merrett* Rn. 4.11–4.17.

¹⁴²⁶ EuGH Slg. 1989, 723 Rn. 11 – G. B. C. Echternach u. A. Moritz/Minister van Onderwijs en Wetenschappen; EuGH Slg. 1993, I-3011 Rn. 20 – Hugo Schmid/Belgischer Staat vertreten durch den Sozialminister; EuGH Slg. 2000, I-8081 Rn. 41f. – Angelo Ferlini/Centre hospitalier de Luxembourg; EuGH Slg. 2004, I-12013 Rn. 37 – Gregorio My/Office national des pensions (ONP).

¹⁴²⁷ Näher zum Komplex *Mankowski*, RdA 2018, 181 (181–183).

¹⁴²⁸ EuGH Slg. 1980, 3881 Rn. 10f. – Kommission/Belgien; EuGH Slg. 1986, 1725 Rn. 12 – Kommission/Frankreich; EuGH Slg. 1986, 2121 Rn. 16 – Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg; EuGH Slg. 1996 I 3207 Rn. 2 – Kommission/Luxemburg; EuGH Slg. 1996, I-3265 Rn. 2 – Kommission/Belgien; EuGH Slg. 1996, I-3285 Rn. 2 – Kommission/Griechenland; EuGH Slg. 1998, I-47 Rn. 13 – Kalliopi Schöning-Kougebetopoulou/Freie und Hansestadt Hamburg.

¹⁴²⁹ Calliess/Ruffert/*Brechmann*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 45 AEUV Rn. 109; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kreuschütz*, EUV/AEUV/GRC, Bd. I, 7. Aufl. 2015, Art. 45 AEUV Rn. 160.

¹⁴³⁰ EuGH Slg. 1980, 3881 Rn. 12 – Kommission/Belgien; EuGH Slg. 1996, I-3207 Rn. 27 – Kommission/Luxemburg.

¹⁴³¹ Siehe nur EuGH Slg. 1986, 2121 Rn. 16 – Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg; *Mankowski* IPRax 2001, 123, 125.

¹⁴³² Siehe nur EuGH Slg. 1974, 153 Rn. 5 – J. Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost; EuGH Slg. 1986, 1725 Rn. 11 – Kommission/Frankreich; EuGH Slg. 1994, I-1101 Rn. 17 – Guido Van Poucke/Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen und Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kreuschütz*, EUV/AEUV/GRC, Bd. I, 7. Aufl. 2015, Art. 45 AEUV Rn. 157.

¹⁴³³ EuGH Slg. 1986, 1725 Rn. 12 – Kommission/Frankreich; S. Auer, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen, Losebl. 1973ff., Art. 18 EuGVO von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kreuschütz*, EUV/AEUV/GRC, Bd. I, 7. Aufl. 2015, Art. 45 AEUV Rn. 156f.

¹⁴³⁴ Siehe nur EuGH Slg. 1974, 153 Rn. 5f. – J. Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost; Schwarze/H. Schneider/Wunderlich, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rn. 9.

- 564 Die Formel umschreibt einen Typusbegriff.¹⁴³⁵ „Normale“ Arbeitsverhältnisse betreffen daher solche Stellen, die zwar dem Staat oder einer öffentlichen Einrichtung zuzuordnen sind, jedoch keine Mitwirkung bei der Erfüllung von Aufgaben mit sich bringen, die zur öffentlichen Verwaltung in diesem hoheitlichen Sinne gehören.¹⁴³⁶ Eine Tätigkeit, die sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlich organisiert durchgeführt werden könnte, ist jedenfalls nicht hoheitlich.¹⁴³⁷ Insbesondere die klassische Eingriffsverwaltung durch Polizei, Streitkräfte, Justiz und Steuerverwaltung zum einen und die Diplomatie zum anderen sind dagegen hoheitlich.¹⁴³⁸
- 565 g) *Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge*. Arbeitsrechtliche Aufhebungs- oder Abwicklungsverträge fallen unter die Anknüpfung für Individualarbeitsverträge nach Art. 8 Rom I-VO.¹⁴³⁹ Dass unter ihnen nicht (mehr) gearbeitet werden soll, ändert daran nichts.¹⁴⁴⁰ Gegen eine eigenständige kollisionsrechtliche Anknüpfung spricht, dass Aufhebungsverträge in das Arbeitsverhältnis eingebunden bleiben und sich der Beendigungsmodus nicht vom beendeten Rechtsverhältnis trennen lässt.¹⁴⁴¹ Sie regeln arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten und bezwecken die Abwicklung der einschlägigen Ansprüche, insbesondere der Vergütungsansprüche.¹⁴⁴² Sie beenden den Arbeitsvertrag und gewinnen dadurch ihre Einbindung in das Arbeitsverhältnis. Beendigungsmodus und beendetes Rechtsverhältnis lassen sich unter Art. 12 I lit. d Rom I-VO weder trennen noch jeweils isoliert anknüpfen.¹⁴⁴³
- 566 Anderenfalls drohten Probleme bei inzidenten Angriffen des Arbeitnehmers gegen den Aufhebungsvertrag, die eigentlich den Arbeitsvertrag verteidigen sollen; insbesondere drohte eine wenig sinnvolle, ja kontraproduktive Statutenspaltung.¹⁴⁴⁴ Denn praktisch wird bekanntlich zumeist auf Feststellung geklagt, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis fortbesteht, oder auf Weiterbeschäftigung, jeweils unter Anfechtung des Aufhebungsvertrages wegen behaupteter widerrechtlicher Drohung des Arbeitgebers mit einer Kündigung.¹⁴⁴⁵ Dies muss auch im IPR Beachtung finden.¹⁴⁴⁶

¹⁴³⁵ *Burgi*, JuS 1996, 958, 960; *U. Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Losebl. 1993ff., Art. 45 AEUV Rn. 427 (2010); *Streinz/Franzen*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rn. 150.

¹⁴³⁶ EuGH Slg. 1980, 3881 Rn. 10f. Kommission/Belgien; EuGH Slg. 1996, I-3207 Rn. 2 – Kommission/Luxemburg; EuGH Slg. 1996, I-3265 Rn. 2 – Kommission/Belgien; EuGH Slg. 1996, I-3285 Rn. 2 – Kommission/Griechenland.

¹⁴³⁷ Siehe nur Mitteilung der Kommission Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Zugang zur Beschäftigung im öffentlichen Dienst – Aktion der Kommission, ABl. EWG 1988 C 72/2; *GA Mayras*, Slg. 1974, 167, 171; *S. Jakobs*, in: Hommage an Josef Isensee, 2002, S. 507, 526f.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschütz, EUV/AEUV/GRC, Bd. I, 7. Aufl. 2015, Art. 45 AEUV Rn. 161.

¹⁴³⁸ Siehe *GA Mayras*, Slg. 1974, 167, 171; *GA Mancini*, Slg. 1986, 1726, 1731f.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kreuschütz, EUV/AEUV/GRC, Bd. I, 7. Aufl. 2015, Art. 45 AEUV Rn. 160.

¹⁴³⁹ BAG AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 5Rf. Rn. 28; *C. Müller* S. 53f.; *A. Junker*, NZA 2005, 199, 201; *Mankowski*, AR-Blattei SD 160.5.5 Rn. 117; *ders.*, AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 7R, 8; *Fasching/Konecny/Simotta*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. 5/1, 2. Aufl. 2008, Art. 18 EuGVVO Rn. 25. AA *Knöfel*, ZfA 2006, 397, 430 mit 404–413.

¹⁴⁴⁰ *Rauscher/Mankowski* Art. 18 Brüssel I-VO Rn. 9; *Mankowski*, AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 7R, 8R. AA *Knöfel*, ZfA 2006, 397, 404–413.

¹⁴⁴¹ *Rauscher/Mankowski* Art. 18 Brüssel I-VO Rn. 9; *Mankowski*, AR-Blattei SD 160.5.5 Rn. 118. AA *Knöfel*, ZfA 2006, 397, 404–413.

¹⁴⁴² BAG AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 6 Rn. 28.

¹⁴⁴³ *Rauscher/Mankowski* Art. 21 Brüssel Ia-VO Rn. 9; zustimmend LAG Nürnberg IPRspr. 2008 Nr. 130 S. 442.

¹⁴⁴⁴ *Rauscher/Mankowski* Art. 21 Brüssel Ia-VO Rn. 9; *Mankowski*, AR-Blattei SD 160.5.5 Rn. 118; *ders.*, AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 7R, 8R; *Fasching/Konecny/Simotta*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. 5/1, 2. Aufl. 2008, Art. 18 EuGVVO Rn. 25; zustimmend LAG Nürnberg IPRspr. 2008 Nr. 130 S. 442; *C. Müller* S. 54.

¹⁴⁴⁵ Siehe nur BAG NZA 1992, 1023; BAG AP Nr. 4 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag; BAGE 74, 281; BAG AP Nr. 41 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 42 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 51 zu § 123 BGB.

¹⁴⁴⁶ *Rauscher/Mankowski* Art. 21 Brüssel Ia-VO Rn. 9; *Mankowski*, AR-Blattei SD 160.5.5 Rn. 119; *ders.*, AP H. 8/2012 § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Nr. 23 Bl. 7R, 8R; *Fasching/Konecny/Simotta*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Bd. 5/1, 2. Aufl. 2008, Art. 18 EuGVVO Rn. 25.

2. Günstigkeitsvergleich bei Rechtswahl. *a) Günstigkeitsvergleich als Institution.* 567
 Rechtswahlfreiheit herrscht auch im Internationalen Arbeitsvertragsrecht. Art. 3 I 1 Rom I-VO gilt auch im Internationalen Arbeitsvertragsrecht.¹⁴⁴⁷ Art. 8 I 1 Rom I-VO ist insoweit nach Wortlaut und Stellung eindeutig und lässt keinen Zweifel. Er verwirklicht gerade keinen Rechtswahlausschluss und kein Rechtswahlverbot. Im Gegenteil arbeitet er mit einem Günstigkeitsvergleich, der eine wirksame Rechtswahl genau umgekehrt voraussetzt.

Sind die Voraussetzungen des Art. 8 I 1 Rom I-VO erfüllt, so muss sich nach Art. 8 I 2 Rom I-VO eine Rechtswahl einem Günstigkeitsvergleich zwischen dem gewählten Recht und den internrechtlich zwingenden Bestimmungen des hypothetischen objektiven Arbeitsvertragsstatuts stellen. Art. 8 I 2 Rom I-VO besagt ausdrücklich, dass die Rechtswahl einem Arbeitnehmer nicht den Schutz der zwingenden Vorschriften desjenigen Rechts nehmen kann, das ohne die Rechtswahl anwendbar wäre. Dies ist das IPR-Pendant zum arbeitssachrechtlichen Arbeitnehmerschutz, um Manchesterkapitalismus und übergroßer Liberalität Zügel anzulegen.¹⁴⁴⁸ Es vermeidet ökonomische Ineffizienz als Folge von Ungleichgewichten wegen repeat player-Vorteilen und Ausbeutung von Unerfahrenheit.¹⁴⁴⁹

Die Rechtswahl ist bei einem Arbeitsvertrag also nie allein ausschlaggebend.¹⁴⁵⁰ Denn der Schwächerenschutz nach Art. 8 I 2 Rom I-VO lädt das IPR mit materiellen Wertungen auf.¹⁴⁵¹ Er gebietet die überlagernde Anknüpfung der zwingenden Bestimmungen des hypothetischen objektiv berufenen Arbeitsvertragsstatuts, sofern das Wahlstatut hinter deren Standards zurückbleibt. Umgekehrt etabliert er das Niveau des gewählten Rechts ebenfalls als Mindestniveau, weil dem Arbeitnehmer mindestens dieses garantiert ist.¹⁴⁵² Falls der Arbeitgeber dies nicht will, kann er davon absehen, der Rechtswahl zuzustimmen; insoweit ist der Günstigkeitsvergleich vom Willen des Arbeitgebers, vom Willen zur Rechtswahl abhängig.¹⁴⁵³ Bei ihrerseits marktstarken, weil nachgefragten, Arbeitnehmern mit entsprechender Verhandlungsmacht (insbesondere Spezialisten, Managern, oder Profisportlern, die alle sogar eigene Rechtsberater zuziehen werden) wird der Wunsch nach einer Rechtswahl oder sogar der Vorschlag einer Rechtswahl allerdings häufig von deren Seite kommen.

Eine Feststellung ist für den Fall einer Rechtswahl geboten: Eigentliches Arbeitsvertragsstatut ist das gewählte Recht. Die subjektive Anknüpfung ist die primäre Anknüpfung.¹⁴⁵⁴ Das objektiv angeknüpfte Recht ist daneben nur ein hypothetisch berufenes Recht und stellt nicht das eigentliche Arbeitsvertragsstatut, auch soweit sich seine Mindeststandards über den Günstigkeitsvergleich gegen das gewählte Arbeitsvertragsstatut durchsetzen. Diese Feststellung gewinnt ihre Bedeutung, soweit z. B. Art. 4 III 2 Rom II-VO akzessorisch an das Statut des Arbeitsvertrags als herrschendes Rechtsverhältnis anknüpfen will.

b) Vier Schritte. Der Günstigkeitsvergleich gemäß Art. 8 I Rom I-VO vollzieht sich seinem Konzept nach in vier Schritten: 571

(1) Zuerst erfolgt die Feststellung, ob die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben. Ist dies der Fall, so ist der Inhalt des gewählten Rechts zu ermitteln. Ein nichtstaatliches Regelwerk, z. B. das Collective Agreement der International Transport Workers' Federation ist

¹⁴⁴⁷ Siehe nur BAG AP Nr. 85 zu § 4 KSchG 1969 Rn. 40 = RIW 2017, 233; Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem NIPR 2018 Nr. 161 S. 362; Trib. Milano Riv. dir. int. priv. proc. 2018, 458, 459; Merrett Rn. 6.37; A. Staudinger, in: Ferrari IntVertragsR Art. 8 Rom I-VO Rn. 12; G.-P. Calliess/Franzen/Gröner Art. 8 Rome I Regulation Rn. 69; Grušić S. 140; Staudinger/Magnus Art. 8 Rom I-VO Rn. 51; BeckOGK/Knöfel Art. 8 Rom I-VO Rn. 31; Dauxerre, JCP S 2017.1333 = JCP S N° 43, 31 octobre 2017, S. 8, 9.

¹⁴⁴⁸ Siehe Grušić S. 22.

¹⁴⁴⁹ Grušić S. 23 f.

¹⁴⁵⁰ Siehe nur A. Junker, FS Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 503, 506 sowie Knöfel, EWiR Art. 6 EVÜ 1/11, 315, 316.

¹⁴⁵¹ Siehe nur Boschiero, Liber Fausto Pocar, tomo II, 2009, S. 215, 217 f.

¹⁴⁵² A. Junker, FS Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 503, 506.

¹⁴⁵³ Vgl. Nord, RCDIP 2016, 309, 311 f.

¹⁴⁵⁴ Siehe nur Merrett Rn. 6.37.

kein taugliches Objekt einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl,¹⁴⁵⁵ seine Vereinbarung ist nur eine materiellrechtliche Verweisung.

(2) Das hypothetische objektive Arbeitsvertragsstatut wird über Art. 8 II–IV Rom I-VO angeknüpft.^{1455a}

572 (3) Die internrechtlich zwingenden Normen des hypothetischen objektiven Arbeitsvertragsstatuts werden ermittelt. Dabei kommt es nicht darauf an, aus welcher Rechtsquelle sie fließen. Normen speisen sich dabei aus allen verbindlichen Rechtsquellen und beschränken sich nicht auf formelle Gesetze oder Rechtsverordnungen, sondern beziehen auch Gewohnheitsrecht ein. Auch Richterrecht kann genügen, wenn es nach der Methodenlehre der betreffenden Rechtsordnung eine belastbare Rechtsquelle ist.¹⁴⁵⁶ Im Arbeitsrecht zählen mindestens allgemein verbindliche erklärte Tarifverträge dazu, richtigerweise aber auch branchenbindende Tarifverträge oder auf betrieblicher Ebene bindende kollektive Übereinkünfte wie namentlich Betriebsvereinbarungen.¹⁴⁵⁷ Bloße Übungen und Gepflogenheiten genügen dagegen nicht.¹⁴⁵⁸

573 Die Normen sind aber nicht nur aus dem Kreis zu schöpfen, welchen die betreffende Rechtsordnung in ihrem Sachrecht nach ihren eigenen Maßstäben als arbeitsrechtlich qualifizieren würde.¹⁴⁵⁹ Vielmehr kommen auch internrechtlich abbedingungs-feste Normen des allgemeinen Zivilrechts in Betracht, außerdem Normen aus anderen Teilgebieten des Wirtschafts- und Vertragsrechts,¹⁴⁶⁰ soweit sie sich im weitesten Sinne als vertragsrechtlich qualifizieren lassen und vom Verweisungsbefehl des Art. 8 II–IV Rom I-VO erfasst sind, also soweit sie auch arbeitnehmerschützend sind.¹⁴⁶¹ Arbeitnehmerschutznormen sind im weiten, funktionellen, nicht im formellen Sinn zu verstehen.¹⁴⁶² Machtausgleich findet keine Grenze an der internrechtlichen Qualifikation.¹⁴⁶³ Immer ist aber vorausgesetzt, dass die jeweilige Regel den konkreten Fall überhaupt erfassen will und nicht etwa ein inlandsbezogenes Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist, dass sie nur bei Arbeit in ihrem Erlassstaat anwendbar ist.¹⁴⁶⁴

574 Nicht in den Günstigkeitsvergleich einzubeziehen sind abdingbare Normen des hypothetisch objektiv berufenen Rechts, auch wenn sie arbeitnehmerschützend sein sollten, denn sie sind eben nicht internrechtlich unabdingbar.¹⁴⁶⁵ Echte default rules, subsidiäre Normen, die nur Geltung heischen, wenn es keine Parteivereinbarung gibt, aus dem hypo-

¹⁴⁵⁵ Henze S. 212.

^{1455a} Ist hypothetisches objektives Arbeitsvertragsstatut das gewählte Recht, so stoppt der Vergleich hier; BAG Nr. 85 zu § 4 KSchG 1969 Rn. 58 = RIW 2017, 233.

¹⁴⁵⁶ Oetker, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 11 Rn. 22; Staudinger/Magnus Art. 8 Rom I-VO Rn. 77; ErfK ArbR/Schlachter Rom I-VO Rn. 14.

¹⁴⁵⁷ Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EWG 1980 C 282/25; OGH 20.10.2004 – 8 ObA 88/04f; OGH IPRax 2007, 460 = DRdA 2008, 29 mAnm *M. Binder*; *Markovska*, RdA 2007, 352, 354; *Wągnest*, ASoK 2009, 173, 175; *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 193; *Grušić* S. 148.

¹⁴⁵⁸ Cass. Bull. Civ. 2002 V n° 339; *Dauxerre*, JCP S 2017.1333 = JCP S N° 43, 31 octobre 2017, S. 8, 10.

¹⁴⁵⁹ Dafür aber OGH IPRax 2007, 460; *Alexandre Miguel Braz Duarte v. The Black and Decker Corp.* [2007] EWHC 2720 (QB), [2008] 1 All ER (Comm) 401 [55] (Q.B.D., *Field J.*); *Oetker*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 11 Rn. 23; *M. Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 525 f.

¹⁴⁶⁰ BAG RIW 2014, 534 Rn. 35 = AP § 130 BGB Nr. 26 mAnm *Mankowski*; *A. Junker*, IPRax 1989, 69, 72; *ders.*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 735, 746; *Hohloch*, FS Wolfgang Heiermann, 1995, S. 143, 147; *M. Täschner* S. 251; Staudinger/Magnus Art. 8 Rom I-VO Rn. 75; *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 193; *Deinert* § 9 Rn. 53; MüKoBGB/Martiny Art. 8 Rom I-VO Rn. 34.

¹⁴⁶¹ Siehe Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EWG 1980 C 282/1 Art. 6 EVÜ Anm. 2; *Duarte v. The Black & Decker Corp.* [2007] EWHC 2720 (QB) [55], [2008] 1 All ER (Comm) 401 (Q.B.D., *Field J.*); *Grušić* S. 145.

¹⁴⁶² *Deinert*, RdA 2009, 144, 149; *Wągnest*, ASoK 2009, 173, 175; *Glowacka*, ASoK 2013, 300, 301.

¹⁴⁶³ Siehe *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 193.

¹⁴⁶⁴ *Merrett* Rn. 6.84, 7.50. Leading cases im britischen Recht sind *Lawson v. Serco* [2006] UKHL 3, [2006] ICR 250, [2006] 1 All ER 823 (H.L.); *Duncombe v. Secretary of State for Children, Schools and Families (No 2)* [2011] UKSC 36, [2011] 4 All ER 1020 (H.L.); *Bleuse v. MBT Transport Ltd.* [2008] ICR 488 (EAT); *Ravat v. Halliburton Manufacturing and Services Ltd.* [2012] UKSC 1, [2012] 2 All ER 905 (H.L.). Näher *Kriöfel*, IPRax 2007, 146; *Merrett*, [2010] Industrial L.J. 355; *A. Scott*, [2010] LMCLQ 640; *Grušić* S. 179–220.

¹⁴⁶⁵ OGH wbl 2009, 196 = DRdA 2010, 417 mAnm *Wągnest* = ZAS 2011, 35 mAnm *Nikšova*; *Block* S. 124.

thetischen objektiven Statut sind unter Art. 8 I Rom I-VO gar nicht berufen. Was sich selber sachrechtlich zurücknimmt, wird kollisionsrechtlich nicht im Wege des Günstigkeitsvergleichs aufgezwungen. Der zurückgenommene eigene Anwendungswille sachrechtlich parteidispositiver Normen findet seinen Widerhall im IPR. Der sachrechtlich gewährte Vorrang für die Privatautonomie schlägt sich im kollisionsrechtlichen verdrängenden Vorrang der Parteiautonomie nieder. Ob eine bestimmte Norm abdingbar ist oder nicht, bestimmt sich als Untersatz nach derjenigen Rechtsordnung, aus welcher die betreffende Norm stammt,¹⁴⁶⁶ also nach der *lex normae*. Eine Hilfestellung kann der Katalog aus Art. 4 II litt. a-i des Entwurfs einer Konfliktrechtsverordnung von 1972¹⁴⁶⁷ leisten.¹⁴⁶⁸

(4) Die so ermittelten Normen werden mit den funktionell entsprechenden Normen des 575
gewählten Arbeitsvertragsstatuts verglichen. Es findet weder ein Einzelnormenvergleich noch ein Vergleich der Rechtsordnungen insgesamt, sondern ein Normkomplexvergleich oder Sachgruppenvergleich statt.¹⁴⁶⁹ Zu vergleichen sind die einander funktionell entsprechenden Normengruppen der beiden Rechte,¹⁴⁷⁰ unabhängig von ihrer Bezeichnung und ihrer internrechtlichen Qualifikation in der einzelnen Rechtsordnung. Der großen Gefahr eines Einzelnormenvergleichs, nämlich Rosinenpicken,¹⁴⁷¹ lässt sich nicht verlässlich durch eine Rechtsmissbrauchskontrolle entgegenzutreten.¹⁴⁷² Günstigkeit in der Methode heißt nicht automatisch zugleich Günstigkeit in jedem einzelnen Punkt.¹⁴⁷³

Ein Gruppenvergleich führt funktionell Zusammengehörendes zusammen und erlaubt 576
Binnenkompensationen. Vergleichbarer Schutzzweck führt zusammen,¹⁴⁷⁴ vergleichbar dem bei einer Qualifikation im IPR ablaufenden Verfahren der Bündelung. Funktionale Betrachtung orientiert sich am objektiv-inneren Zusammenhang.¹⁴⁷⁵ Ein zu enger Zugschnitt ist zu vermeiden, weil man damit letztlich doch zu einem Vergleich einzelner Normen oder einzelner Regelungsanliegen gelangte. Auf der anderen Seite muss die gemeinsame Grundfunktionalität eine Grenze ziehen, weil man sonst einem Gesamtvergleich zu nahe käme und häufig keine passenden Maßstäbe für die Günstigkeit mehr hätte, weil zu viel und zu komplex verglichen werden müsste.¹⁴⁷⁶ Kompensation innerhalb eines zusammengehörenden Normgebildes ist möglich.¹⁴⁷⁷ Beim Kündigungsschutz als Beispiel sind Kündigungsfrist, Kündigungsgründe, Bestandsschutz und Abfindungsschutz ein zusammengehörender Sachbereich.¹⁴⁷⁸

c) *Vergleichsmaßstab*. Der Vergleichsmaßstab sollte ein objektiver sein; subjektive Präferenzen 577
des individuellen Arbeitnehmers können allenfalls einfließen, aber nicht bestimmen und allein den Ausschlag geben.¹⁴⁷⁹ Man könnte versucht sein, sich für den horizontalen

¹⁴⁶⁶ Siehe nur *Morse*, (1992) 41 ICLQ 1, 14f.; *Mankowski*, AP H. 5/2005 Nr. 21 zu § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit Bl. 3R, 5 mwN; *Hergenröder*, ZfA 1999, 1, 25f.; *Deinert* § 9 Rn. 54.

¹⁴⁶⁷ *RabelsZ* 37 (1973), 585, 592.

¹⁴⁶⁸ *BeckOGK/Knöfel* Art. 8 Rom I-VO Rn. 46.

¹⁴⁶⁹ Siehe nur BAG AP Nr. 8 zu § 20 GVG Rn. 46; Cass. soc. RCDIP dr. int. pr. 92 (2003), 445 mAnm *Jault-Seseke* = Dr. soc. 2003, 339 mAnm *Moreau*; *A. Junker* S. 267 ff.; *Deumier*, RDC 2003, 206; *Coursier*, Dr. et protection soc. mai 2003, S. 6; *Staudinger/Magnus* Art. 8 Rom I-VO Rn. 84; *Deinert* § 9 Rn. 58; *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 194f.; *Carballo Piñeiro* S. 187f.

¹⁴⁷⁰ Siehe nur *R. Birk*, RdA 1989, 201, 206; *A. Junker* S. 270; *Czernich/Heiss/Rudisch* Art. 6 EVÜ Rn. 29; *Rauscher/v. Hein* Art. 8 Rom I-VO Rn. 30; *Glowacka*, ASoK 2013, 300, 304f.

¹⁴⁷¹ Siehe nur *R. Birk*, RdA 1989, 201, 206; *Grusić* S. 150f.

¹⁴⁷² So aber *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 197.

¹⁴⁷³ Entgegen *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 196.

¹⁴⁷⁴ *Glowacka*, ASoK 2013, 300, 304; *Grusić* S. 151f.

¹⁴⁷⁵ *R. Birk*, RdA 1989, 201, 206; *A. Junker* S. 269–272.

¹⁴⁷⁶ *BeckOK ArbR/Schönbohm* Art. 8 Rom I-VO Rn. 15.

¹⁴⁷⁷ *A. Junker* S. 272.

Entgegen *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 196.

¹⁴⁷⁸ *Hönsch*, NZA 1988, 113, 116; *Thüsing*, BB 2003, 898 (898); *Oetker*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, § 11 Rn. 63.

¹⁴⁷⁹ Siehe nur *Hönsch*, NZA 1988, 113, 116f.; *Markovska*, RdA 2007, 352, 355; *Mankowski*, IPRax 2015, 309, 316; *G.-P. Calliess/Franzen* Art. 8 Rome I Regulation Rn. 22; *Staudinger/Magnus* Art. 8 Rom I-VO Rn. 87; *BeckOGK/Knöfel* Art. 8 Rom I-VO Rn. 43.

Günstigkeitsvergleich zwischen Normen zweier Rechtsordnungen an Prinzipien und Methodik eines vertikalen Günstigkeitsvergleichs zwischen Normen verschiedener Hierarchiestufen unter nationalem Recht zu orientieren.¹⁴⁸⁰ Jedoch ist dies, erstens, kaum mit dem Gebot europäisch autonomer, einheitlicher Auslegung zu vereinbaren.¹⁴⁸¹ Zweitens passt es nicht, wenn das nationale Recht des Forums keinen vertikalen Günstigkeitsvergleich kennt.

578 Hilfsmaßstab kann eine Umrechnung aller in den Günstigkeitsvergleich einzubeziehenden Rechtspositionen in Geld sein.¹⁴⁸² Jedoch wirft dies umgehend die Frage nach einem Bewertungs- und Umrechnungsmaßstab auf. Die erhoffte Vereinfachung bringt eine weitere Schwierigkeit mit sich. Sie verschiebt das Wertungsproblem nur, ohne es zu lösen, denn Preisbildung oder Preisschätzung muss Wertigkeiten abbilden. Im Kündigungsrecht muss man sich offen dem Problem stellen, in welchem Verhältnis ein höherer Bestandsschutz wegen enger Kündigungsgründe zu einem Kündigungsschutz durch längere Kündigungsfristen und Abfindungsregelungen steht.¹⁴⁸³

579 d) *Rechtsfolgen*. Soweit die Vorschriften des gewählten Statuts dem Arbeitnehmer als jene des hypothetischen objektiv berufenen Rechts sind, bleibt es bei der Anwendung des gewählten Statuts.¹⁴⁸⁴ Bei gleicher Günstigkeit bleibt es zur Vermeidung eines echten law mix ebenfalls allein beim gewählten Recht als dem einzigen anwendbaren Recht. Günstiger heißt also eigentlich: nicht ungünstiger, also entweder günstiger oder genauso günstig. Soweit die Vorschriften des gewählten Statuts dem Arbeitnehmer dagegen ungünstiger sind als jene des hypothetischen objektiv berufenen Rechts, kommen letztere zur Anwendung. Die Rechtswahl darf die Position des Arbeitnehmers im Vergleich mit der Position, die er ohne die Rechtswahl hätte, nicht verschlechtern.

580 e) *Günstigkeitsvergleich und ne ultra petita*. Dass ein Günstigkeitsvergleich wirklich durchgeführt wird, ist in der Praxis selten. Typischerweise hilft bereits der prozessuale Grundsatz *ne ultra petita*, dass einem Kläger nicht mehr zuzusprechen ist als er selber begehrt: Sofern eines der beteiligten Rechte dem Arbeitnehmer gewährt, was dieser begehrt, reicht dies aus, und es braucht nicht mehr ermittelt zu werden, was das andere Recht ihm gewähren würde. Spricht das gewählte Statut dem Arbeitnehmer bereits alles zu, was dieser konkret begehrt, so kann das hypothetisch objektiv berufene Recht dem Arbeitnehmer nicht günstiger sein und braucht nicht mehr geprüft zu werden.¹⁴⁸⁵ Umgekehrt kann das hypothetisch objektiv berufene Recht das konkrete Begehrt des Arbeitnehmers bereits völlig ausschöpfen, und das gewählte Recht kann den klagenden Arbeitnehmer dann nicht mehr günstiger stellen.¹⁴⁸⁶

581 *Ne ultra petita* und die Bindung an den Klagantrag als Obergrenze eröffnen den Gerichten einen pragmatischen Weg, um die echte Durchführung eines Günstigkeitsvergleichs zu vermeiden, insbesondere, wenn – wie meist – eines der beiden beteiligten Rechte die *lex fori* ist. Dann gilt verkürzt: Gewährt die – auf welchem Wege auch immer berufene – *lex fori*, was der Arbeitnehmer begehrt, braucht man das andere, dann notwendig aus der Sicht des Forums ausländische Recht nicht mehr zu prüfen.¹⁴⁸⁷

582 Dieser pragmatische Ansatz gilt übrigens nicht nur dann, wenn der Arbeitnehmer Kläger ist. Denn auch als Beklagter stellt der Arbeitnehmer einen Antrag. Beantragt er allein Klag-

¹⁴⁸⁰ Dafür *Markovska*, RdA 2007, 352, 355; *Deinert*, RdA 2009, 144, 149; *Glowacka*, ASoK 2013, 300, 304.

¹⁴⁸¹ *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 196.

¹⁴⁸² *Soergel/v. Hoffmann* Art. 30 EGBGB Rn. 33; *Staudinger/Magnus* Art. 8 Rom I-VO Rn. 84.

¹⁴⁸³ *BeckOK ArbR/Schönbohm* Art. 8 Rom I-VO Rn. 15; *Streithofer*, DRdA 2012, 191, 196.

Kritisch *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 225.

¹⁴⁸⁴ Siehe nur *Winkler v. Mohrenfels/Block*, EAS 3000 Rn. 73 (2010); *A. Staudinger*, in: *Ferrari IntVertragsR* Art. 8 Rom I-VO Rn. 13.

¹⁴⁸⁵ BAG AP § 157 BGB Nr. 7; LAG Düsseldorf 31.7.2014 – 15 Sa 1132/13 Rn. 39f.; *A. Junker* S. 279; *Mankowski*, AR-Blattei ES 340 Nr. 15 S. 5, 6 (April 1996); *Staudinger/Magnus* Art. 8 Rom I-VO Rn. 90.

¹⁴⁸⁶ *Mankowski*, IPRax 2015, 309, 314.

¹⁴⁸⁷ *Mankowski*, IPRax 2015, 309, 315.