

Verfahrensgang

LAG Hessen, Urt. vom 28.05.2008 – 8 Sa 2179/06, [IPRspr 2009-49a](#)

BAG, Urt. vom 08.10.2009 – 2 AZR 654/08, [IPRspr 2009-49b](#)

Rechtsgebiete

Arbeitsrecht → Arbeitsrecht gesamt bis 2019

Rechtsnormen

KSchG § 1; KSchG § 2; KSchG § 23

Fundstellen

nur Leitsatz

BB, 2010, 244

NZA, 2010, 360

JR, 2011, 46

LS und Gründe

DB, 2010, 230

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2009-49b>

Lizenz

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



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

10. Arbeitsrecht

Siehe auch Nr. 162

49. *Der in § 23 I KSchG verwendete Begriff des „Betriebs“ bezeichnet nur in Deutschland gelegene Betriebe. [LS der Redaktion]*

a) Hessisches LAG, Urt. vom 28.5.2008 – 8 Sa 2179/06: Unveröffentlicht.

b) BAG, Urt. vom 8.10.2009 – 2 AZR 654/08: DB 2010, 230. Leitsatz in: BB 2010, 244; JR 2011, 46; NZA 2010, 360.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung. Der Kl. wurde von der Bekl., der Nationalbank von Griechenland, 1977 in Griechenland angestellt und dort zunächst in verschiedenen Zweigstellen beschäftigt. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag aus dieser Zeit gibt es nicht. Ab dem 1.7.1987 wurde er für die Bekl. in verschiedenen Filialen in Deutschland tätig. Bei der Bekl. besteht eine „Arbeitsordnung“. Sie wurde als „betriebliche Vereinbarung“ von der Bekl. mit dem „Verein der Angestellten der Nationalbank von Griechenland“ abgeschlossen, einer Gewerkschaft, deren Mitglied der Kl. ist. Die Arbeitsordnung enthält in ihrer Fassung vom 18.6.2002 u.a. Bestimmungen, die eine Kündigung durch die Bekl. nur bei wichtigem Grund vorsehen. Die Bekl., die in Griechenland mehrere Tausend Mitarbeiter beschäftigt, hatte ihre Filiale in S., deren Leiter der Kl. war und in der etwa acht bis zehn Mitarbeiter beschäftigt waren, im Jahr 2000 geschlossen. Nach einem erfolglosen Versuch, den Kl. nach Athen zu versetzen, beschäftigte sie ihn in der allein verbliebenen Niederlassung in F., wo etwa zehn Arbeitnehmer tätig waren. Die Bekl. beschloss am 23.9.2004, auch die Niederlassung in F. zu schließen und ihre Tätigkeit in Deutschland endgültig einzustellen. Dies geschah zum 31.5.2005 auch tatsächlich. Zuvor wurden ein Interessenausgleich und ein Sozialplan abgeschlossen. Die Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kl. wegen der Einstellung des Geschäftsbetriebs im Wege der Änderungskündigung und versetzte den Kl. in eine Zweigstelle nach Athen. Hiergegen wendet sich der Kl.

Das ArbG hat nach den Klageanträgen erkannt. Auf die Berufung der Bekl. hat das LAG den Kündigungsschutzantrag abgewiesen. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kl. die vollständige Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

a) *Hessisches LAG 28.5.2008 – 8 Sa 2179/06:*

„II. Die von der Bekl. mit Schreiben vom 21.2.2006 ausgesprochene Kündigung hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien beendet. Die Kündigung ist wirksam, und der Kl. hat die damit verbundenen Vertragsänderungen nicht angenommen.

1. Die Kündigung ist nicht unwirksam nach § 1 KSchG, da diese Vorschrift gemäß § 23 KSchG keine Anwendung auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien findet.

a) Auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist deutsches Recht anzuwenden. Das ist zwischen den Parteien unstreitig und ergibt sich aus Art. 30 II Nr. 1 EGBGB.

Aus der vom Kl. zu Beginn seiner Tätigkeit in Deutschland unterschriebenen Erklärung ergibt sich allenfalls die Vereinbarung deutschen Rechts. Selbst wenn daraus nicht die Vereinbarung des gesamten deutschen Arbeitsrechts zu entnehmen wäre, würde gemäß Art. 30 II Nr. 1 EGBGB mangels Rechtswahl das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien dem deutschen Arbeitsrecht als dem Recht des Staats unterliegen, in dem der Kl. in Erfüllung des Arbeitsvertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, und [da] sich auch nicht aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass

das Arbeitsverhältnis engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist. Jedenfalls nach fast 20-jähriger ununterbrochener Tätigkeit in Deutschland kann Letzteres nicht mehr angenommen werden. Somit ist das KSchG auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anzuwenden.

b) Gemäß § 23 KSchG gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts und damit des § 1 KSchG nicht für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Zum Zeitpunkt der Kündigung hatte die Bekl. ihre Niederlassungen in Deutschland geschlossen. Bei ihr waren allenfalls noch drei Arbeitnehmer angestellt.

Auf die über 1 000 Arbeitnehmer, die die Bekl. in Griechenland beschäftigt, kommt es für § 23 KSchG nicht an. Das KSchG gilt nur für Deutschland. Arbeitnehmer in ausländischen Betriebsstätten zählen nicht zur Beschäftigungszahl des § 23 I KSchG. Der Kl. war jedenfalls nicht in einem Betrieb der Bekl. – auch nicht in Griechenland – beschäftigt, in dem über fünf Arbeitnehmer beschäftigt waren.

2. Die Kündigung ist auch nicht unwirksam nach Art. 33 der [betriebseigenen] Arbeitsordnung, der eine Kündigung nur aus wichtigem Grund erlaubt.

a) Die Arbeitsordnung gilt nicht für das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien.

aa) Aus Sätzen des anwendbaren deutschen Rechts ergibt sich keine Geltung der Arbeitsordnung für das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien.

Sie ist keine Norm des deutschen Rechts. Ihre Geltung ergibt sich auch nicht aus dem BetrVG oder dem TVG. Die Vorschriften dieser Gesetze gelten nur in Deutschland. Ausländische Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen werden von diesen Gesetzen nicht erfasst. Deren Wirkung bemisst sich nach dem jeweiligen ausländischen Recht. Nach deutschem Recht ist schon nicht zu beurteilen, ob es sich bei der Arbeitsordnung, die in Griechenland zwischen der Bekl., einer Gesellschaft griechischen Rechts und einem griechischen Verein, der ihre Arbeitnehmer vertritt, abgeschlossen wurde, um einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung handelt. Eine Parallelwertung nach deutschem Recht ist nicht zulässig. Ihre Geltung für das Arbeitsverhältnis der Parteien könnte die Arbeitsordnung nur nach den §§ 4, 5 TVG oder § 77 BetrVG erlangen. Diese Vorschriften sind aber auf ausländische Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen nicht anwendbar. Deshalb ist es auch unerheblich, ob die Arbeitsordnung auch für entsandte Mitarbeiter gelten soll. Nach griechischem Recht mag die Arbeitsordnung – ähnlich wie im deutschen Recht – für entsandte Mitarbeiter und für die Zeit der Entsendung weiter gegolten haben. Das kann dahinstehen. Entscheidend ist die Beurteilung nach deutschem Recht. Nach diesem konnte die Arbeitsordnung aber nur aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in Deutschland weiter gelten.

bb) Die Parteien haben die Anwendbarkeit der Arbeitsordnung nicht vertraglich vereinbart. Eine ausdrückliche Vereinbarung ist nicht erfolgt. Allein aus dem Umstand, dass die Bekl. während der Beschäftigung des Kl. in Griechenland eine damals geltende frühere Dienst- oder Organisationsordnung anwandte, ergibt sich keine konkludente Vereinbarung, dass sie und ersetzenden Regelungen auch während der Tätigkeit in Deutschland weiter gelten sollten. Während der Tätigkeit des Kl. in Griechenland unterlag das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien griechischem Recht. Nach dem Gutachten des Prof. G. L., auf das sich der Kl. beruft, hatte die damalige Organisationsordnung Gesetzeskraft. Weiter trägt der Kl. selbst vor, dass

die Rechtsverordnung, die Grundlage der früheren Arbeitsordnung war, abgeschafft wurde und nicht mehr Grundlage der Arbeitsordnung aus dem Jahr 2001 war. Wenn die Bekl. in Griechenland eine dort geltende, auf einer Rechtsverordnung beruhende Arbeitsordnung anwandte oder es sich dabei um einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung entsprechende kollektive Regelungen handelte, wandte die Bekl. lediglich griechische Normen oder kollektive Regelungen nach griechischem Recht an. Daraus ergibt sich nicht, dass diese nach dem Willen der Parteien für den Kl. weiter gelten sollten, nachdem er nach Deutschland versetzt war. Dagegen spricht auch die vom Kl. unterzeichnete Vereinbarung von 1987, in der für arbeitsrechtliche Fragen, die in der Arbeitsordnung geregelt sind, auf deutsches Recht verwiesen wird. Selbst wenn zugunsten des Kl. unterstellt wird, dass auch die Dienst- oder Organisationsordnung, die 1987 bei der Bekl. galt, Bestimmungen enthielt, die der jetzt geltenden Arbeitsordnung entsprechen, ist nichts dafür ersichtlich, dass die Parteien vereinbart hätten, dass diese und die spätere Arbeitsordnung auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien anwendbar sein sollten, nachdem der Kl. nach Deutschland versetzt worden war und dort langfristig arbeitete.“

b) BAG 8.10.2009 – 2 AZR 654/08:

„I. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist international zuständig. Das Arbeitsverhältnis unterliegt zudem deutschem Recht. Darüber streiten die Parteien nicht mehr.

II. Die Kündigung ist nicht sozialwidrig im Sinne der §§ 1, 2 KSchG. Der Erste Abschnitt des KSchG findet keine Anwendung auf die Kündigung. Die Bekl. beschäftigte im Inland nicht mehr als fünf Arbeitnehmer im Sinne des § 23 I 2 KSchG. Die von der Bekl. in Griechenland beschäftigten Arbeitnehmer sind nicht mitzuzählen. Maßgeblich ist die Zahl der bei Ausspruch der Kündigung in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer.

1. Der Erste Abschnitt des KSchG ist nach § 23 I nur auf in Deutschland gelegene Betriebe anzuwenden, deren Beschäftigtenzahl den erforderlichen Wert erreicht. Das entspricht der st. Rspr. des Senats (26.3.2009 – 2 AZR 883/07¹ Rz. 13 ff., AP KSchG 1969 § 23 Nr. 45; 17.1.2008 – 2 AZR 902/06² Rz. 21 ff., BAGE 125, 274). Die hiergegen neuerlich erhobenen Bedenken (vgl. *Straube*, DB 2009, 1406) verkennen, dass der Senat die Anwendbarkeit deutschen Kündigungsrechts in den umstrittenen Fällen nicht verneint. Die Anwendbarkeit des KSchG ist gerade Voraussetzung für die vom Senat vorgenommene Prüfung, ob ein Betrieb die nach § 23 KSchG maßgeblichen Voraussetzungen erfüllt. Die Auffassung des Senats steht im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben (BVerfG, 12.3.2009 – 1 BvR 1250/08). Die im Urteil vom 17.1.2008 (aaO) angesprochenen Ausnahmekonstellationen – Überschreitung der notwendigen Beschäftigtenzahl in Deutschland bei Steuerung dieser Beschäftigten durch einen im Ausland gelegenen Betrieb – liegen ersichtlich nicht vor.

2. Die Bekl. beschäftigte nicht mehr als fünf Arbeitnehmer im Sinne des § 23 I KSchG. Für die Berechnung der nach § 23 I KSchG maßgeblichen Beschäftigtenzahl bedarf es – ausgehend vom Kündigungszeitpunkt – grundsätzlich eines Rückblicks auf die bisherige personelle Situation und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung.“

¹ Siehe unten Nr. 50.

² IPRspr. 2008 Nr. 41.