

## Verfahrensgang

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 22.02.2021 - 13 Ca 5758/20

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 22.02.2021 - 13 Ca 5757/20

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 22.02.2021 - 13 Ca 5756/20

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 22.02.2021 - 13 Ca 5792/20

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 22.02.2021 - 13 Ca 5790/20

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 22.02.2021 - 13 Ca 5788/20

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 22.02.2021 - 13 Ca 5789/20

ArbG Düsseldorf, Urt. vom 09.03.2021 - 5 Ca 5833/20, [IPRspr 2021-210](#)

**LAG Düsseldorf, Urt. vom 17.11.2021 - 4 Sa 303/21, [IPRspr 2021-257](#)**

## Rechtsgebiete

Zuständigkeit → Versicherungs-, Verbraucher-, Arbeitsgerichtsstand

Allgemeine Lehren → Rechtswahl

Arbeitsrecht → Individualarbeitsrecht

## Leitsatz

*Zum räumlichen Geltungsbereich des KSchG für einen Luftverkehrsbetrieb mit Standort in Deutschland, dessen Leitung ihren Sitz im Ausland hat.*

*Übernimmt ein Luftverkehrsunternehmen die im Ausland gelegene Zentrale nebst weiteren ausländischen Standorten eines anderen Luftverkehrsunternehmens, liegt hinsichtlich gleichzeitig nicht übernommener, sondern stillgelegter (inländischer) Standorte auch dann kein Betriebsübergang vor, wenn diese für sich keine übergangsfähigen Einheiten iSv. § 613a BGB bilden. [LS von der Redaktion neu gefasst]*

## Rechtsnormen

BetrVG § 24

BGB § 613a

EuGVVO 1215/2012 **Art. 1**; EuGVVO 1215/2012 **Art. 20**; EuGVVO 1215/2012 **Art. 21**;

EuGVVO 1215/2012 **Art. 66**

GG **Art. 3**; GG **Art. 12**

KSchG § 1; KSchG § 3; KSchG § 4; KSchG § 9; KSchG § 10; KSchG § 15; KSchG §§ 17 ff.; KSchG § 22;

KSchG § 23; KSchG § 24

Rom I-VO 593/2008 **Art. 3**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 8**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 12**

## Sachverhalt

Die Parteien streiten über die betriebsbedingte Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse. Die Kläger zu 1) bis 3) sowie 5) bis 8) und 11) (im Folgenden: Kläger) sind Copiloten bzw. Flugkapitäne (Kläger zu 6) und 11)). Sie wurden von der Beklagten zu 2) im Zeitraum zwischen dem 01.03.2018 und dem 26.07.2019 mit dem "Einsatzort" am Flughafen Düsseldorf und dem "Stationierungsort" Wien eingestellt. Im Arbeitsvertrag war der Beklagten zu 2) das Recht zur Versetzung der Kläger an einen anderen zumutbaren Stationierungs- oder Einsatzort im In- und Ausland aus betrieblichen Gründen eingeräumt. Bei der Beklagten zu 2) handelte es sich um eine österreichische Fluggesellschaft mit Sitz in Schwechat bei Wien/ Österreich. Alleingesellschafterin ist die V. Holdings PLC (iF: V.). Bei der Beklagten zu 1) handelt es sich um eine in Malta registrierte Fluggesellschaft, deren alleinige Gesellschafterin die A. Holding Limited ist, deren Alleingesellschafterin V. ist. Die Beklagte zu 2) betrieb mindestens 24 in Österreich registrierte Flugzeuge des Musters Airbus A-320 und setzte diese von vier Basen aus ein (Wien, Düsseldorf, Palma de Mallorca und Stuttgart). Die Flugzeuge standen nicht in ihrem Eigentum. An ihrem Standort in Düsseldorf beschäftigte die Beklagte zu 2) jedenfalls im September 2020 ca. 200 Mitarbeiter, davon ca. 75 Piloten. Diese - darunter auch die Kläger - begannen ihren Arbeitstag regelmäßig an ihrem Einsatzort Düsseldorf und kehrten dorthin am Ende des Arbeitstags wieder zurück. Gelegentlich, insbesondere im Jahr 2018, kam es auch zu Einsätzen, bei denen die Kläger einen Flug von einem anderen Flughafen aus begannen

und zunächst dorthin dienstlich anreisen mussten (sog. Proceeding). Eine Personalvertretung bestand nicht. Von Düsseldorf aus wurden bei der Beklagten zu 2) sieben Flugzeuge eingesetzt, die zumindest wegen der in Wien durchgeführten Wartungen rotierend ausgewechselt wurden. Weiter hatte die Beklagte zu 2) in Düsseldorf als Ansprechpartner für das Personal und Externe einen "Base Captain" eingesetzt. Wesentliche Personalentscheidungen über zB. Einstellungen und Kündigungen traf dieser nicht; er setzte aber zumindest Entscheidungen der Unternehmensleitung in "ad hoc-Maßnahmen" gegenüber dem Personal der Basis um. Die Beklagte zu 2) verfügte am Flughafen Düsseldorf neben Parkplätzen über einen Schulungsraum und einen Crewraum mit Schreibtischen und Telefon- und Telefaxanschlüssen. Ab März 2020 kam es wegen der Corona-Pandemie zu Störungen und Unterbrechungen im europäischen Flugverkehr. Ab Mai 2020 verhandelte die Beklagte zu 2) mit der Gewerkschaft v.di zur Kostensenkung über den Abschluss eines sogenannten Eckpunktepapiers für ihre in Deutschland stationierten Arbeitnehmer (iF. "Eckpunktepapier"). Die Vereinbarung kam letztlich nicht zu Stande. Mit E-Mails vom 03.07.2020 und 04.07.2020 bot die Beklagte zu 2) sodann ihren Arbeitnehmern die Bedingungen des Eckpunktepapiers individual-vertraglich zur Ersetzung der bisherigen individuellen Verträge an, um die Schließung der deutschen Standorte zu vermeiden. Die Kläger akzeptierten dieses Angebot. In dem Eckpunktepapier heißt es unter anderem: "Ab dem 1. Juli 2020 wird H. das deutsche Arbeitsrecht auf alle in Deutschland direktangestellten Piloten von H. anwenden." Ab dem 01.07.2020 erbrachte die Beklagte zu 2) ausschließlich Flüge im sog. Wet-Lease für V., stellte also Flugzeuge nebst Personal, Wartung und Versicherung zur Durchführung der von V. am Markt angebotenen Passagierflüge. V. übernahm dazu auch ganz überwiegend die bisher von der Beklagten zu 2) gehaltenen "Slots" (Zeitnischen für Start-/Landerechte). Am 28.07.2020 wurde per E-Mail bekannt gegeben, dass die Beklagte zu 2) im Laufe des Jahres den Betrieb einstellen und die Beklagte zu 1) am Flughafen Düsseldorf einen Standort eröffnen werde. Die Beklagte zu 1) werde denjenigen Arbeitnehmern, die dem Eckpunktepapier zugestimmt hatten, einen inhaltsgleichen Arbeitsvertrag anbieten. Die Beklagte zu 1) erhielt im September 2020 eine Flugbetriebserlaubnis (Air Operator`s Certificate - AOC) von der maltesischen Luftfahrtbehörde. Mit E-Mail vom 20.08.2020 bot die Beklagte zu 1) den Klägern eine Beschäftigung ab dem 15.09.2020 zu den Regelungen und Bedingungen des mit der Beklagten zu 2) bestehenden Arbeitsverhältnisses an. Sie werde im September 2020 in Düsseldorf eine Base eröffnen. Die Kläger akzeptierten Ende August 2020 per E-Mail das Angebot. Ebenso akzeptierten es nahezu alle anderen Arbeitnehmer der Beklagten zu 2) am Standort Düsseldorf. Die Verhandlungen zwischen V. und der Flughafengesellschaft Düsseldorf über wirtschaftliche Konditionen der Zusammenarbeit scheiterten. V. teilte der Flughafengesellschaft mit, seine Basis an dem Flughafen zu schließen und ab dem 20.10.2020 keine Flüge von der Basis aus mehr durchzuführen. Noch am 09.09.2020 zeigten die Beklagte zu 2) und die Beklagte zu 1) ua. bei der Agentur für Arbeit Düsseldorf per Telefax jeweils gesondert beabsichtigte Massenentlassungen an. Mit Schreiben vom 10.09.2020 kündigte die Beklagte zu 1) die Arbeitsverhältnisse der Kläger zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Ebenso kündigte die Beklagte zu 2) das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 10.09.2020. Am 28.09.2020 wurde der letzte kommerzielle Flug der Beklagten zu 2) vom Flughafen Stuttgart aus, am 19.10.2020 vom Flughafen Düsseldorf aus durchgeführt. Am 16.12.2020 wurde von der Austro Control GmbH bestätigt, dass die der Beklagte zu 2) ihr AOC zurückgegeben habe. Die Mehrzahl der Mitarbeiter der Beklagten zu 2) an der Station Wien und nahezu sämtliche ihrer Mitarbeiter an der Station Palma begründeten zum 15.09.2020 ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1). Diese nahm mit Beginn des Winterflugplans von den Stationen Wien (mit 3-4 Flugzeugen) und Palma de Mallorca (mit 1-2 Flugzeugen) einen eingeschränkten Flugbetrieb auf und nutzt die ehemals auf die Beklagte zu 2) registrierten Flugzeuge. Zuletzt in Deutschland stationierte Arbeitnehmer der Beklagten zu 2) setzt die Beklagte zu 1) nicht ein.

Mit ihren Klagen wenden sich die Kläger gegen die Kündigungen. Mit Urteilen vom 22.02.2021 und 09.03.2021 hat das Arbeitsgericht die Klagen abgewiesen. Hiergegen haben die Kläger Berufung eingelegt. Mit Beschlüssen vom 14.05.2021 und 16.11.2021 hat das Berufungsgericht die Verfahren der Kläger zu 1) bis 11) gemäß § 147 ZPO zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Die Rechtsstreite der vormaligen Kläger zu 4), 9) und 10) sind zweitinstanzlich zum Zwecke einer gütlichen Einigung wieder abgetrennt worden. Die Kläger beantragen, die Urteile des Arbeitsgerichts Düsseldorf abzuändern und festzustellen, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten zu 1) andererseits durch die Kündigungen der Beklagten zu 1) vom 10.09.2020 nicht aufgelöst wurden; die Beklagte zu 1) zu verurteilen, die Kläger für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 1) bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens als Co-Piloten bzw.

betreffend die Kläger zu 6) und 11) als Flugkapitäne zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen, festzustellen, dass die Arbeitsverhältnisse der Kläger bei der Beklagten zu 1) fortbestehen, festzustellen, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten zu 2) andererseits durch die Kündigungen der Beklagten zu 2) vom 10.09.2020 nicht aufgelöst wurden und die Beklagte zu 2) wird verurteilt, die Kläger für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 4) bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens als Co-Piloten bzw. betreffend die Kläger zu 6) und 11) als Flugkapitäne zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

*(Randnummern der IPRspr-Redaktion)*

[1] Die ganz überwiegend zulässigen Berufungen der Kläger sind unbegründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht ihre Klagen abgewiesen.

[2] A. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die im Jahre 2020 eingegangenen Klagen gegen beide Beklagte folgt aus Art. 66 Abs. 1, 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (EUGVVO). Es handelt sich bei den arbeitsgerichtlichen Klagen um zivilrechtliche Streitigkeiten iSv. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 EUGVVO (BAG 07.05.2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)), Rn. 16). Der für die Anwendung der EUGVVO erforderliche Auslandsbezug besteht, weil die Beklagten ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben. Als Arbeitgeber mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats können sie in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes, an dem oder von dem aus ihr Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat, verklagt werden (Art. 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i EUGVVO). Die Kläger haben ihre Arbeit für die Beklagte zu 2) von Düsseldorf aus verrichtet. Sie haben von diesem Standort aus ihre Flugdienste regelmäßig begonnen und dort auch wieder beendet. Entsprechendes sollte auch für ihre Arbeit bei der Beklagten zu 1) gelten. Da sie für diese noch keine Arbeit verrichtet haben, sind bereits aus diesem Grund die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i EUGVVO erfüllt (EuGH 25.02.2021 - C-804/19 [Markt24], Rn. 39 ff.).

[3] B. Die Berufungen der Kläger sind ganz überwiegend zulässig.

[4] I. ... II. ... C. Die Arbeitsverhältnisse zwischen den Klägern und der Beklagten zu 1) sind durch deren Kündigungen vom 10.09.2020 rechtswirksam beendet worden (dazu I). Sie bestehen auch nicht anderweitig zu der Beklagten zu 1) fort (dazu II). Die zum 15.09.2020 begründeten Arbeitsverhältnisse zwischen den Klägern und der Beklagten zu 2) sind durch deren Kündigungen vom 10.09.2020 ebenfalls rechtswirksam beendet worden (dazu III). Die Weiterbeschäftigungsanträge fielen nicht zur Entscheidung an (dazu IV).

[5] I. Die Kündigungen der Beklagten zu 1) vom 10.09.2020 sind rechtswirksam und haben die Arbeitsverhältnisse zu den Klägern mit Ablauf des 31.12.2020 aufgelöst.

[6] 1. Die Wirksamkeit der Kündigung beurteilt sich nach deutschem Recht.

[7] Auf die Arbeitsverhältnisse der Kläger zu der Beklagten zu 1) findet aufgrund Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (im Folgenden: Rom I-VO) deutsches Recht Anwendung. Gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO folgen die Regelungen über das Erlöschen von Verpflichtungen aus einem Vertrag und somit auch das Recht seiner Kündigung einschließlich des allgemeinen Kündigungsschutzes grundsätzlich dem Recht des Staates, das auf den Arbeitsvertrag Anwendung findet (BAG 24.08.1989 - 2 AZR 3/89 (IPRspr. 1989 Nr. 72)).

[8] Im Eckpunktepapier haben die Kläger und die Beklagte zu 2) Anfang Juli 2020 die in ihrem ursprünglichen Arbeitsvertrag vereinbarte Anwendung österreichischen Rechts zugunsten des deutschen Rechts derogiert. Im Eckpunktepapier ist ua. vereinbart, dass die Beklagte zu 2) ab dem 01.07.2020 das deutsche Arbeitsrecht auf alle ihre in Deutschland direktangestellten Piloten anwendet. Zudem wurde in den Anfang Juli 2020 zwischen den Klägern und der Beklagten zu 2) gewechselten E-Mails vereinbart, dass das Eckpunktepapier ab dem 1. Juli 2020 die bisherigen Bedingungen und Konditionen ersetzt.

Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit dieser Rechtswahlvereinbarung bestehen nicht, zumal die Parteien in beiden Tatsacheninstanzen übereinstimmend von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgehen (vgl. zu diesem Aspekt einer - gemäß Art. 3 Abs. 2 ROM I-VO auch nachträglich möglichen - Rechtswahl BGH 19.01.2000 - VIII ZR 275/98, Rn 28; 09.06.2004 - I ZR 266/00 ([IPRspr 2004-44](#)), Rn. 36 mwN). Die Rechtswahl entspricht zudem im Hinblick auf den vereinbarten Einsatzort des Flugpersonals in Düsseldorf der objektiven Anknüpfung gemäß Art. 8 Abs. 2 ROM I-VO (in diesem Sinne wohl BAG 20.12.2012 - 2 AZR 481/11 ([IPRspr 2012-201](#)); EuGH 14.09.2017 - C-168/16; HWK/Tillmanns 9. Aufl. ROM I-VO Art. 9 Rn. 19 mwN).

[9] Die Kläger und die Beklagte zu 1) wiederum haben auf der Grundlage deren Schreibens vom 20.08.2020 Arbeitsverhältnisse zu denselben Bedingungen und Konditionen vereinbart, wie sie in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen mit der Beklagten zu 2) bestanden. Demgemäß gilt deutsches Recht auch im Verhältnis der Kläger zur Beklagten zu 1).

[10] 2. ... 3. ... 4. ... 5. ... a. ... b. ... 6. Die Kündigung ist nicht gemäß § 1 KSchG unwirksam. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

[11] a. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den persönlichen und betrieblichen Anwendungsbereich des § 1 KSchG sind nicht erfüllt.

[12] aa. Die Arbeitsverhältnisse der Kläger haben nicht gemäß § 1 Abs. 1 KSchG im Betrieb oder Unternehmen der Beklagten zu 1) länger als sechs Monate bestanden.

[13] (1) ... (2) ... (a) ... (b) ... bb. Auch die gesetzlichen Voraussetzungen des betrieblichen Anwendungsbereichs des § 1 KSchG sind nicht erfüllt. Die Beklagte zu 1) unterhielt weder einen Betrieb iSd. § 23 KSchG noch einen Flugbetrieb iSd. § 24 KSchG, auf den das Kündigungsschutzgesetz Anwendung fand.

[14] (1) Die Beklagte zu 1) unterhielt als Gesellschaft maltesischen Rechts keinen Betrieb iSd. § 23 KSchG im räumlichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes.

[15] (a) § 23 KSchG erfasst nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seinem räumlichen Geltungsbereich nach nur inländische Betriebe (vgl. etwa BAG 09.10.1997 - 2 AZR 64/97 (IPRspr. 1997 Nr. 57); 03.06.2004 - 2 AZR 386/03 ([IPRspr 2004-49](#)); 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)); 26.03.2009 - 2 AZR 883/07 ([IPRspr 2009-50](#)); 08.10.2009 - 2 AZR 654/08 ([IPRspr 2009-49b](#)); 29.08.2013 - 2 AZR 809/12, Rn. 32; 24.05.2018 - 2 AZR 54/18 ([IPRspr 2018-106](#)), Rn. 29). Das ergebe die am Wortlaut, an der Systematik und der Entstehungsgeschichte sowie an Sinn und Zweck des § 23 KSchG orientierte Auslegung (krit. zu dieser Rspr. etwa LAG Hamburg 22.03.2011 - 1 Sa 2/11, R. 30 ff., 34 Aufl. Deinert, ArbU 2008, 300 ff; Pomberg, EWIR 2008, 667; Gravenhorst, jurisPR-ArbR 31/2008 Anm. 1; Straube, DB 2009, 1406-1408; Junker, FS Konzen 2006, 367, HWK/Quecke, 9. Aufl. 2020, § 23 Rn. 2 mwN).

[16] Für die räumliche Lage eines Betriebes ist entscheidend, wo schwerpunktmäßig über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen sowie darüber entschieden wird, in welcher Weise Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen vorgenommen werden. Der allgemeine Betriebsbegriff des § 23 KSchG knüpft an die organisatorische Einheit an. Eine betriebliche Struktur setzt einen einheitlichen organisatorischen Einsatz der Betriebsmittel und der Personalressourcen voraus. Die einen Betrieb konstituierende Leitungsmacht wird dadurch bestimmt, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung im Wesentlichen selbständig ausgeübt wird (BAG 03.06.2004 - 2 AZR 386/03 ([IPRspr 2004-49](#))).

[17] (b) Die Beklagte zu 1) unterhielt und unterhält in der Bundesrepublik Deutschland keine organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe sie allein oder in Gemeinschaft mit ihren Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt, der nicht nur in der Befriedigung von Eigenbedarf liegt. Auch unterhält die Beklagte keine Niederlassung, Betriebsstätte oder ähnliches in der Bundesrepublik Deutschland, von der

aus ein einheitlicher Einsatz der Betriebsmittel und der Personalressourcen ihrerseits gesteuert wird. Die Beklagte beschäftigt auch keine Mitarbeiter in Deutschland. Der bloße Vertragsschluss und die Absicht künftiger Beschäftigung, die noch vor Ausspruch der Kündigung aufgegeben und zu keinem Zeitpunkt umgesetzt wurde, genügen nicht. Zudem war insoweit nicht beabsichtigt, den Einsatz der Arbeitnehmer, hier also der Kläger, von Deutschland aus zu leiten.

[18] (2) Die Beklagte zu 1) unterhielt ebenfalls keinen Flugbetrieb iSd. § 24 KSchG im räumlichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes.

[19] (a) Für Luftverkehrsbetriebe gilt die Sonderregelung des § 24 KSchG. Als Betrieb im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes gilt gemäß § 24 Abs. 1 iVm. Abs. 2 KSchG die Gesamtheit der Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebs. § 24 Abs. 1 iVm. Abs. 2 KSchG fingiert so in Abgrenzung zum Betriebsbegriff des § 23 KSchG sowie zum Bodenbetrieb die Gesamtheit der Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebes als Betrieb iSd. Ersten und Zweiten Abschnitts des KSchG. Dabei soll es sich nicht um eine vom arbeitstechnischen Zweck bestimmte räumlich-organisatorische Einheit handeln müssen und keine irgendwie geartete Leitungsstruktur innerhalb der Gesamtheit der Luftfahrzeuge erforderlich sein (MüKoBGB/Hergenröder 8. Auf. 2020 § 24 KSchG Rn. 5 mwN; APS/Moll 5.Aufl. 2017 Rn. 6; KR/Bader, 12. Aufl. 2019, § 24 Rn. 18).

[20] Auch ein Flugbetrieb iSd. § 24 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG fällt aber nur dann unter den Geltungsbereich des ersten und zweiten Abschnitts des KSchG, wenn darin gemäß § 23 Abs. 1 Sätze 2 - 4 KSchG mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden (BAG 28.12.1956 - 2 AZR 207/56). Selbst wenn es sich bei dem Betriebsbegriff des § 24 Abs. 1 iVm. Abs. 2 KSchG um einen eigenständigen Betriebsbegriff handelt (BAG 13.02.2020 - 6 AZR 146/19, Rn. 57), modifiziert die Norm doch lediglich den Betriebsbegriff des § 23 Abs. 1 KSchG (LAG Berlin-Brandenburg 26.03.2015 - 26 Sa 1513/14, 26 Sa 1632/14 ([IPRspr 2015-199](#)), Rn. 41; Linck/Krause/ Bayreuther, 16. Aufl. 2019, § 24 Rn. 8 mwN). Es bestünde kein sachlicher Grund, diese Betriebe vom Schutz der Kleinbetriebsklausel (§ 23 Abs. 1 S. 2 - 4 KSchG) auszunehmen, zumal vor Inkrafttreten von § 24 KSchG bzw. der Vorgängernorm § 22 KSchG aF historisch gar kein Kündigungsschutz für Flugbetriebe bestand (vgl. MüKoBGB/Hergenröder, 8. Auf. 2020 § 24 KSchG Rn. 1 mwN).

[21] (b) Anders als die Beklagte zu 2) betrieb die Beklagte zu 1) in Düsseldorf zu keinem Zeitpunkt einen Standort mit Arbeitnehmern, die von Düsseldorf aus auf der Basis von deutschen Arbeitsverträgen im Luftverkehrsbetrieb beschäftigt und in Flugzeugen der Beklagten eingesetzt wurden. Erst recht "beschäftigte" die Beklagte zu 1) in Deutschland zu keinem Zeitpunkt mehr als zehn Arbeitnehmer, wie dies § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG voraussetzt. Zwar hat sie mehr als zehn Arbeitnehmer zum 15.09.2020 eingestellt, diese sind jedoch nie für sie tätig geworden. Anders als der Wortlaut des § 1 Abs. 1 KSchG, der darauf abstellt, dass das "Arbeitsverhältnis" mehr als sechs Monate "bestanden" haben muss, damit der Arbeitnehmer dem KSchG unterfällt, stellt § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG darauf ab, dass in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer "beschäftigt" werden müssen. Hierbei kommt es maßgeblich darauf an, dass eine betriebliche Struktur bzw. hier die "Gesamtheit der Luftfahrzeuge" tatsächlich besteht und darin Arbeitnehmern in der geforderten Anzahl eingegliedert sind (BAG 03.06.2004 - 2 AZR 386/03 ([IPRspr 2004-49](#)), Rn. 37). Dies war hier nicht der Fall.

[22] Das gilt auch, soweit es auf die Anzahl der "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmer ankommt (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Mitzuzählen sind nur solche Arbeitnehmer, mit denen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird. Es kommt also nicht auf eine Zufallszahl am Tag des Kündigungszugangs an. Die den Betrieb kennzeichnende Beschäftigtenlage wird durch einen Rückblick auf die bisherige personelle Situation und eine Einbeziehung der zukünftigen Entwicklung festgestellt (BAG 24.01.2013 - 2 AZR 140/12 ([IPRspr 2004-49](#)), Rn. 24; 22.01.2004 - 2 AZR 237/03). Die Beklagte zu 1) hat weder im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch zuvor noch nachfolgend auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland überhaupt Arbeitnehmer beschäftigt, geschweige denn mehr als zehn. Ihre später im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer sind von vornherein nicht mitzuzählen, da sich der Geltungsbereich des KSchG auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt (vgl. oben unter B. I. 6. b. aa. (1) der Gründe). Die bloße vorübergehende, bei Zugang der Kündigung bereits aufgegebenen Absicht einer Beschäftigung im Inland genügt nicht.

[23] b. ... c. ... 7. ... 8. ... 9. ... II. Der Antrag zu 3 auf Feststellung, dass die Arbeitsverhältnisse der Kläger zu der Beklagten zu 1) fortbestehen, ist - soweit nicht die Berufung bereits unzulässig war (vgl. oben unter B. II.) - zulässig, aber unbegründet.

[24] 1. ... 2. ... III. Die zwischen den Klägern und der Beklagten zu 2) bestehenden Arbeitsverhältnisse sind durch deren Kündigungen vom 10.09.2020 ebenfalls rechtswirksam beendet worden. Der Klageantrag zu 4) war daher abzuweisen.

[25] 1. Auch auf die Arbeitsverhältnisse der Kläger zu der Beklagten zu 2) findet aufgrund der im Eckpunktepapier getroffenen Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-VO) deutsches Recht Anwendung (vgl. dazu oben unter C. I. 1.).

[26] 2. ... 3. ... 4. ... 5. ... 6. Kündigung ist nicht sozial ungerechtfertigt nach § 1 Abs. 1 iVm. Abs. 2 Satz 1 KSchG.

[27] a. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den persönlichen und betrieblichen Anwendungsbereich des § 1 KSchG sind für die Arbeitsverhältnisse der Kläger zu der Beklagten zu 2) erfüllt.

[28] aa. Die Arbeitsverhältnisse der Kläger haben gemäß § 1 Abs. 1 KSchG im Betrieb oder Unternehmen der Beklagten zu 2) unstreitig länger als sechs Monate bestanden.

[29] bb. Die gesetzlichen Voraussetzungen des betrieblichen Anwendungsbereichs des § 1 KSchG der §§ 23, 24 KSchG sind erfüllt. Die Beklagte zu 2) unterhielt als Gesellschaft österreichischen Rechts nach hier vertretener Auffassung jedenfalls bei verfassungskonformer Auslegung dieser Normen einen Betrieb im räumlichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes.

[30] (1) Nach seinem räumlichen Geltungsbereich erfasst § 23 KSchG nach herrschender Auffassung grundsätzlich nur inländische Betriebe (st. Rspr., vgl. die Nachweise oben unter C. I. 6. a. bb. (1) (a)). Für die räumliche Lage eines Betriebes ist entscheidend, wo schwerpunktmäßig über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen sowie darüber entschieden wird, in welcher Weise Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen vorgenommen werden. Der allgemeine Betriebsbegriff des § 23 KSchG knüpft an die organisatorische Einheit an. Eine betriebliche Struktur setzt einen einheitlichen organisatorischen Einsatz der Betriebsmittel und der Personalressourcen voraus. Die einen Betrieb konstituierende Leitungsmacht wird dadurch bestimmt, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung im Wesentlichen selbständig ausgeübt wird (BAG 03.06.2004 - 2 AZR 386/03 ([IPRspr 2004-49](#))).

[31] Die Beklagte zu 2) beschäftigte danach zwar über Jahre verstetigt und koordiniert Mitarbeiter in Deutschland unter Einsatz erheblicher materieller Betriebsmittel. Sie unterhielt aber keinen Betrieb oder ähnliches iSv. § 23 KSchG in Deutschland, von dem ausgehend der einheitliche Einsatz der Betriebsmittel und der Arbeitnehmer im Inland gesteuert wurde. Vielmehr erfolgte die Leitung des Flugbetriebs ausschließlich von Wien aus. Der am Standort Düsseldorf eingesetzte "Base Captain" hatte keine Weisungsbefugnisse und fungierte lediglich als Bindeglied für die Kommunikation zwischen dem Flugpersonal und der Leitung in Wien. Von dort gingen alle maßgeblichen Weisungen aus.

[32] (2) Es ist streitig, ob ein Flugbetrieb iSd. § 24 KSchG in gleicher Weise wie der allgemeine Betrieb iSd. § 23 KSchG als räumliche Anknüpfung eine im Inland gelegene Betriebsstätte erfordert, von der ausgehend der einheitliche Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern im Inland gesteuert wird.

[33] (a) Die Fiktion des § 24 Abs. 2 KSchG grenzt Luftverkehrs- und Schifffahrtsbetriebe zunächst nur auf zweierlei Weise vom allgemeinen Betrieb iSd. § 23 KSchG ab: Zum einen trennt sie die Schiffe bzw. Luftfahrzeuge von ihren zugehörigen Land- bzw. Bodenbetrieben (vgl. dazu BAG 28.12.1956 - 2 AZR 207/56; 28.02.1991 - 2 AZR 517/90; LAG Berlin-Brandenburg 16.11.2010 - 7 Sa 1354/10). Zum anderen verhindert sie, dass ein einzelnes Luftfahrzeug, See- oder Binnenschiff als Betrieb angesehen wird, indem es deren Gesamtheit als den Betrieb iSd. Ersten und Zweiten Abschnitts des Gesetzes fingiert.

[34] (b) Der Betriebsbegriff des § 24 BetrVG ist andererseits aber nicht völlig losgelöst von § 23 KSchG, sondern modifiziert diesen lediglich in der oben genannten Weise. § 23 findet nach wohl allgemeiner

Meinung jedenfalls insoweit auf Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs Anwendung, als auch diese Betriebe dem Schutz der Kleinbetriebsklausel in § 23 Abs. 1 S. 2-4 KSchG unterfallen. Für ihre Herausnahme aus dem Schutz gäbe es keinen sachlichen Grund (vgl. schon oben unter C. I. 6. A. bb.).

[35] (c) Betriebe iSd. § 24 KSchG verfügen regelmäßig nicht über eine Binnen-Leitungsstruktur innerhalb der Gesamtheit ihrer Schiffe bzw. Luftfahrzeuge. Sie werden gewöhnlich von Land- oder Bodenbetrieben aus geleitet. Zugleich befinden sich die in § 24 angesprochenen Schiffe bzw. Luftfahrzeuge typischerweise in grenzüberschreitendem Einsatz. Beides führt zu der Frage, wie der räumliche Geltungsbereich des Ersten und Zweiten Abschnitts für Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs iSd. §§ 23, 24 KSchG zu bestimmen ist.

[36] (aa) Das Bundesarbeitsgericht nimmt an, der Gesetzgeber habe die Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs einer eigenständigen Regelung zugeführt und damit "diese Sachverhalte unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten mit einem Anknüpfungspunkt in der Bundesrepublik Deutschland versehen". Mit der in § 24 Abs. 2 KSchG (bzw. seinerzeit § 24 Abs. 1 Satz 2 KSchG aF) enthaltenen Fiktion habe der Gesetzgeber gerade auch Lebenssachverhalte erfasst, bei denen typischerweise Auslandsberührungen zu erwarten sind (BAG 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)), Rn. 25).

[37] Damit wäre der Geltungsbereich des § 24 KSchG räumlich nicht begrenzt und erfasste auch Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs, deren Boden- und Landbetriebe im Ausland angesiedelt sind, deren Fahrzeuge vielleicht nur gelegentlich oder auch gar nicht das Gebiet der Bundesrepublik berühren. Es genüge die Anwendung deutschen Rechts nach den Regeln des Internationalen Privatrechts (so LAG Berlin-Brandenburg 26.03.2015 - 26 Sa 1513/14, 26 Sa 1632/14, Rn. 40 f.). In diesem Fall würden für die Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 2 Sätze 2-4 KSchG nur Arbeitnehmer mit deutschem Arbeitsvertragsstatut zählen (BAG 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)), Rn. 22; str., aA etwa Deinert, ArbuR 2008, 300 ff).

[38] (bb) Demgegenüber verlangt das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg (17.09.2021 - 7 Sa 32/21) auch für Betriebe des Luftverkehrs iSv. § 24 KSchG einen im Inland gelegenen einheitlichen Leitungsapparat. Offen bleibt dabei, wie ein solcher Leitungsapparat innerhalb der Gesamtheit der Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebs, die gemäß § 24 Abs. 2 KSchG den maßgeblichen Betrieb bildet, angesiedelt sein könnte. Da Flugbetrieben iSd. § 24 Abs. 2 KSchG regelmäßig eine innerbetriebliche Leitungsstruktur fehlt, wäre nicht erklärt, warum das Kündigungsschutzgesetz dennoch - unbestritten - auf die Flugbetriebe von Luftverkehrsgesellschaften anzuwenden ist, deren Leitungsapparat sich im Inland befindet.

[39] (cc) Denkbar erscheint aber, den räumlichen Geltungsbereich von § 24 KSchG auf solche Schifffahrts- und Luftverkehrsbetriebe zu begrenzen, deren jeweiliger Land- bzw. Bodenbetrieb mit seiner Leitungsstruktur im Inland liegt. Die mobilen Betriebe wären hinsichtlich des Geltungsbereichs von § 24 KSchG somit akzessorisch zu ihren Land- bzw. Bodenbetrieben. Ihre jeweilige Anbindung an Land- bzw. Bodenbetriebe dürfte der Vorstellung des Gesetzgebers entsprochen haben (die "organisatorische Einheit" von mobilem Betrieb und zugehörigem Land- bzw. Bodenbetrieb betont auch Moll in APS, 6. Aufl. 2021, § 24 KSchG Rn. 6). Für eine Absicht des Gesetzgebers, mit § 24 Abs. 2 KSchG den internationalen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes in Bezug auf die Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs abweichend von § 23 KSchG zu regeln, fehlen Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien (das konstatiert auch BAG 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)), Rn. 26).

[40] Die Rechtslage entspräche bei Annahme einer Akzessorietät der mobilen Betriebe vom Land- oder Bodenbetrieb hinsichtlich des Geltungsbereichs des Ersten und Zweiten Abschnitts derjenigen ohne Trennung vom Land- bzw. Bodenbetrieb. Das den mobilen Betrieben zugeordnete Personal würde ebenso vom Kündigungsschutzgesetz erfasst, wie es ohne die Trennung der Fall wäre. Den Argumenten des Bundesarbeitsgerichts für die Beschränkung des Betriebsbegriffs in § 23 KSchG auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere hinsichtlich der vielfältigen Bezüge des Kündigungsschutzes zu den jeweiligen betrieblichen Verhältnissen (vgl. BAG 26.03.2009 - 2 AZR 883/07 ([IPRspr 2009-50](#)), Rn. 15 ff., dazu sogleich), wäre bei dieser Betrachtung Rechnung getragen.

[41] Diese Sicht hätte zur Konsequenz, dass - auch bei Geltung deutschen Arbeitsrechts - das Kündigungsschutzgesetz grundsätzlich keine Anwendung findet, wenn der Boden- oder Landbetrieb im

Ausland angesiedelt ist. Damit wäre die Rechtslage derjenigen bei den allgemeinen Betrieben iSd. § 23 KSchG angeglichen, wie sie das Bundesarbeitsgericht versteht (vgl. oben unter C. I. 6. a. bb. (1) (a)). Dies hätte allerdings auch zur Folge, dass ein Betrieb, der - wie hier - regelmäßig von deutschen Häfen bzw. Flughäfen aus operiert und dementsprechend lokal rekrutiertes Personal dauerhaft einsetzt, aus dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fiele, weil sein Leitungsapparat im Ausland angesiedelt ist (so im Ergebnis LAG Baden-Württemberg 17.09.2021 - 7 Sa 32/21). Darin könnte im Vergleich zu dem Flugpersonal inländischer Fluggesellschaften eine sachwidrige Ungleichbehandlung in einem grundrechtlich geschützten Bereich liegen.

[42] (3) Die Frage, ob ein Flugbetrieb iSv. § 24 Abs. 2 KSchG grundsätzlich einer im Inland ansässigen Leitung bedarf, kann aber offenbleiben. Denn die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf den Standort der Beklagten zu 2) in Düsseldorf folgt hier jedenfalls aus einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 23, 24 Abs. 2 KSchG im Lichte von Art. 12 GG. Die konkreten Umstände des Falles gebieten auch von dem soeben unter (2) (cc) dargelegten Standpunkt aus die Annahme eines Luftverkehrsbetriebes iSv. § 24 KSchG, obwohl sich der maßgebliche Leitungsapparat im Ausland befindet. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

[43] (a) Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG garantiert die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Damit ist zugleich geschützt - nicht garantiert - das Interesse des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes. Dem steht das Interesse des Arbeitgebers gegenüber, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Bundesverfassungsgericht und Bundesarbeitsgericht haben mehrfach darauf hingewiesen, dass die Anknüpfung des Kündigungsschutzgesetzes an den Betriebsbegriff verfassungsrechtlich nur unbedenklich ist, wenn es dadurch nicht zu sachwidrigen Ergebnissen kommt. Das ist möglich, weil der kündigungsrechtliche Betriebsbegriff so offengehalten ist, dass er einer Auslegung zugänglich ist (BVerfG 27.1.1998 - 1 BvL 15/87; BVerfG 12.3.2009 - 1 BvR 1250/08; ebenso BAG 2.3.2017 - 2 AZR 427/16, Rn. 27; 19.7.2016 - 2 AZR 468/15 ([IPRspr 2016-98](#)), Rn. 20; 24.1.2013 - 2 AZR 140/12, Rn. 22; 28.10.2010 - 2 AZR 392/08, Rn. 22; 21.9.2006 - 2 AZR 840/05; 15.3.2001 - 2 AZR 151/00; insbesondere BAG 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)), Rn. 28).

[44] Von Verfassungs wegen ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes auf Betriebe zu beschränken, die in der Bundesrepublik Deutschland liegen. Bei verfassungskonformer Auslegung des Betriebsbegriffs des § 23 Abs. 1 KSchG kann aber unter Umständen - insbesondere zur Vermeidung einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes - anderes gelten, wenn sich die Betriebsleitung zwar im Ausland befindet, die Arbeitsleistung von mehr als zehn Arbeitnehmern im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG, die den Betrieb im Übrigen bilden, aber in Deutschland erbracht wird (BVerfG 12.3.2009 - 1 BvR 1250/08; BAG 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)), Rn. 28; BAG 28.10.2010 - 2 AZR 392/08, Rn. 22). Maßgeblich ist eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung am Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes einerseits und der (etwaigen) Herausnahme von Auslandsbetrieben andererseits (vgl. auch BAG 13.06.2002 - 2 AZR 327/0, Rn. 18).

[45] (b) Daran gemessen handelte es sich bei der Geschäftstätigkeit der Beklagten zu 2) in Düsseldorf um einen Flugbetrieb iSv. §§ 23, 24 Abs. 2 KSchG, der dem Geltungsbereich des Ersten und Zweiten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes unterfiel. Die im Inland manifestierten betrieblichen Strukturen der Geschäftstätigkeit der Beklagten zu 2) am Standort Düsseldorf hatten ein Maß und eine Verfestigung erreicht, das einen vollständigen Ausschluss des dabei eingesetzten Flugpersonals vom Kündigungsschutzgesetz im Gegensatz zu dem kündigungsrechtlich geschützten Flugpersonal von im Inland ansässigen Luftverkehrsunternehmen nicht zu rechtfertigen vermag.

[46] (aa) Die Beklagte zu 2. betrieb über mehrere Jahre in Düsseldorf einen Standort mit zuletzt mehr als 120 Flugbegleiterinnen und Flugbegleitern sowie ca. 75 Piloten. Für alle Beschäftigten, die das Eckpunktepapier akzeptiert hatten, galt deutsches Arbeitsvertragsstatut. Das Flugpersonal begann und beendete seine tägliche Arbeit, also die Flüge, regelmäßig am Standort Düsseldorf. Dort befanden sich auch gewisse örtliche Strukturen, da jedenfalls Büroräume und ein Crewraum am Flughafen Düsseldorf

unterhalten wurden und ein "Base Captain" benannt war, der, wenn auch nicht weisungsbefugt, eine herausgehobene Position als beiderseitiger Ansprechpartner für das Düsseldorfer Flugpersonal und die Flugleitung in Wien einnahm. Der Standort hatte den Status als sogenannte Home Base (Heimatbasis, vgl. zu deren Bedeutung im Luftverkehr eingehend BAG 13.02.2020 - 6 AZR 146/19, Rn. 41 - 47). Damit verbunden war jedenfalls die faktische Notwendigkeit für die Beschäftigten, ihren Wohnsitz standortnah zu nehmen. Für die Piloten der Beklagten zu 2) und damit für die Kläger stellte sich die betriebliche Lage im Wesentlichen so stetig und verfestigt dar, als wären sie in einem inländisch geführten Flugbetrieb tätig. Das von der Beklagten angeführte Beispiel einer ausländischen Airline, deren Flugzeuge nur in Deutschland landen, unterscheidet sich hiervon grundlegend.

[47] (bb) Die vom Bundesarbeitsgericht angenommenen Gründe für den Ausschluss ausländischer Betriebe aus dem betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes rechtfertigen unter diesen Umständen einen Ausschluss aus dem Schutz des Kündigungsschutzgesetzes nicht.

[48] Zunächst unterscheiden sich die dem deutschen Arbeitsvertragsstatut unterliegenden Düsseldorfer Beschäftigten der Beklagten zu 2) in Bezug auf ihr Interesse an der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes in keiner Weise von dem Flugpersonal eines im Inland ansässigen Luftverkehrsunternehmens. Auch das gegenläufige Interesse der Beklagten zu 2), in ihrem Betrieb über die Anzahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, unterscheidet sich nicht von dem eines anderen im Inland ansässigen Luftverkehrsunternehmens.

[49] Hiervon ausgehend tragen die Gründe für den vollständigen Ausschluss der Arbeitnehmer von im Ausland ansässigen Betrieben aus dem Kündigungsschutz, wie sie das Bundesarbeitsgericht annimmt (BAG 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)), Rn. 24 ff. und 26.03.2009 - 2 AZR 883/07 ([IPRspr 2009-50](#)), Rn. 15 ff.), nicht (vgl. zur Kritik an dieser Rspr. etwa HWK/Quecke, 9. Aufl. § 23 Rn. 2 mwN).

[50] (aaa) Die Anknüpfung des Geltungsbereichs an den Begriff "Betrieb" im Wortlaut der Norm sagt für sich nichts über dessen Inlandsbezogenheit. Zwar lässt sich diesem Begriff ein gewisser Bezug zum Betriebsverfassungsgesetz entnehmen, das seinerseits internationalrechtlich nur im Inland Geltung beansprucht. Doch sind Kündigungsschutz und Betriebsverfassung seit langem entkoppelt; das Kündigungsschutzgesetz findet ohne weiteres auf Betriebe ohne Arbeitnehmervertretungen Anwendung. Soweit das Gesetz an verschiedenen Stellen Bezüge zum Betriebsverfassungsgesetz und zum Personalvertretungsgesetz herstellt, wie etwa in § 1 Abs. 2 Satz 2, § 1 Abs. 4 und § 1 Abs. 5, § 3, § 4 Satz 2 KSchG, hindert das seine Anwendung auf betriebsratslose Betriebe gerade nicht, wie die jahrzehntelange Handhabung des Gesetzes zeigt.

[51] (bbb) Der systematische Zusammenhang (Umkehrschluss) zu § 24 Abs. 2 KSchG, der nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts im Gegensatz zu § 23 KSchG auf den Inlandsbezug verzichtet, besagt ebenfalls nichts; dieser Verzicht ist hier gerade zu beweisen (vgl. oben C. III. 6. a. bb. (2)).

[52] (ccc) Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine Inlandsbegrenzung des Betriebs iSd. §§ 23, 24 Abs. 2 KSchG. Im Rahmen der historischen Auslegung kann allenfalls das Schweigen des Gesetzgebers in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angeführt werden. Dieser allgemein eher schwache Anhaltspunkt kann einer verfassungskonformen Auslegung schon grundsätzlich nicht entgegenstehen.

[53] (ddd) Der maßgebliche Grund für den Ausschluss im Ausland gelegener Betriebe liegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darin, dass die Frage nach der Sozialwidrigkeit nahezu immer eine Einbeziehung der betrieblichen Gegebenheiten erfordere. Anderenfalls würden die Kohärenzen und Korrespondenzen des Kündigungsschutzrechts zerrissen. Die Prüfung der Sozialwidrigkeit setze voraus, dass einheitlich deutsches Arbeitsrecht und insbesondere das Recht des Kündigungsschutzgesetzes angewendet und auch durchgesetzt werden könne. Dies gelte etwa in Bezug auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in anderen Betrieben desselben Unternehmens oder die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten. Auch bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (§§ 9, 10 KSchG), beim Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG und beim Massenentlassungsschutz (§§ 17 ff. KSchG) seien betriebliche Gegebenheiten und damit die Rechtsverhältnisse anderer im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer maßgeblich (so BAG 26.03.2009 - 2 AZR 883/07 ([IPRspr 2009-50](#)), Rn. 15 ff.).

[54] Dieser Grund rechtfertigt unter den hier gegebenen Umständen nicht den vollständigen Ausschluss der Arbeitnehmer der Beklagten zu 2) am Standort Düsseldorf mit deutschem Arbeitsvertragsstatut von der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes. Die Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung, insbesondere die Möglichkeit einer anderweitigen Weiterbeschäftigung, stellt sich hier in gleicher Weise wie etwa bei einem inländischen Betrieb, der über im Ausland gelegene Betriebsteile verfügt. Hier ist das Kündigungsschutzgesetz ohne Zweifel auf die im Inland mit deutschen Arbeitsvertragsstatut Beschäftigten anzuwenden, sofern der gemäß § 23 Abs. 1 Sätze 2-4 KSchG erforderliche Schwellenwert im Inland überschritten ist. Die Frage einer anderweitigen Weiterbeschäftigung stellt sich ebenso etwa bei einem Unternehmen, das neben einem inländischen Betrieb über weitere Betriebe im Ausland verfügt. In beiden Fällen besteht nach allgemeiner Meinung für die inländischen Arbeitnehmer Kündigungsschutz; es stellt sich allein die Frage, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen eine Berufung auf freie Arbeitsplätze im Ausland Erfolg haben kann (vgl. dazu bereits oben unter C. I. 6. c. aa. (7) (b)). Das gleiche gilt für die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gebotene Beschränkung der Sozialauswahl auf in Deutschland gelegene Betriebe (BAG 27.06.2019 - 2 AZR 38/19, Rn. 26; 29.08.2013 - 2 AZR 809/12, Rn. 40). Auch diese hindert selbstverständlich nicht die Gewährung des Kündigungsschutzes im Übrigen.

[55] Der Anwendung des Gesetzes auf dauerhafte und verfestigte Beschäftigungsstrukturen der hier gegebenen Art steht auch der bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (§§ 9, 10 KSchG), beim Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG und beim Massenentlassungsschutz (§§ 17 ff. KSchG) auftretende Bezug zu betrieblichen Gegebenheiten nicht entgegen. Die Berücksichtigung betrieblicher Gegebenheiten, etwa bei der Frage einer den Betriebszwecken dienlichen weiteren Zusammenarbeit (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG), ist ohne weiteres auch dann möglich, wenn sich Teile des Betriebs auf das Ausland erstrecken. Der Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG spielt bei einem Betrieb, dessen Leitung im Ausland ansässig ist, keine Rolle, weil das Betriebsverfassungsgesetz territorial nur auf inländische Betriebe Anwendung findet. Es gibt keine gemäß § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer. Sollten sich Arbeitnehmer - in Verkennung des Betriebszuschnitts iSd. BetrVG - etwa als Wahlinitiatoren engagieren, bestünde kein Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 3a und Abs. 3b KSchG. Beim Massenentlassungsschutz (§§ 17 ff. KSchG) gilt schließlich ohnehin der abweichende Betriebsbegriff der MERL (BAG 13.02.2020 - 6 AZR 146/19, Rn. 32).

[56] (eee) Bei diesem Bild bedeutete ein Ausschluss der Kläger aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Flugpersonal inländisch angesiedelter Flugbetriebe ohne sachlichen Grund in einem grundrechtsrelevanten Bereich. Verletzt wäre das Grundrecht der Kläger aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, das hier als speziellere Norm den ebenfalls berührten Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG mitumfasst. Die bloße apodiktische Behauptung, der Gesetzgeber sei nicht gehindert, die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes davon abhängig zu machen, dass ein Betrieb in der Bundesrepublik Deutschland belegen ist (so BAG 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 ([IPRspr 2008-41](#)), Rn. 32), bietet, wie dargelegt unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Kündigungsschutzgesetzes und der angeführten Gründe für seine nationale Begrenzung keine Rechtfertigung. Aufgrund dessen gebietet die verfassungskonforme Auslegung der §§ 23, 24 Abs. 2 KSchG die Erstreckung des Geltungsbereichs des Ersten und Zweiten Buchs des Kündigungsschutzgesetzes auf den hier gegebenen Sachverhalt.

[57] b. Dessen ungeachtet ist die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 1 iVm. Abs. 2 KSchG.

[58] aa. ...

## Fundstellen

**nur Leitsatz**  
AuR, 2022, 236

## Permalink

<https://iprspr.mpjpriv.de/2021-257>

## Lizenz

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



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