

NOMOSKOMMENTAR

Däubler | Hjort
Schubert | Wolmerath [Hrsg.]

Arbeitsrecht

Individualarbeitsrecht mit
kollektivrechtlichen Bezügen

Handkommentar

5. Auflage



Nomos

NOMOSKOMMENTAR

Wolfgang Däubler | Jens Peter Hjort
Michael Schubert | Martin Wolmerath [Hrsg.]

Arbeitsrecht

Individualarbeitsrecht mit
kollektivrechtlichen Bezügen

Handkommentar

5. Auflage

RinBAG Dr. **Martina Ahrendt** | Antonius Allgaier, IG Bauen Agrar Umwelt | RA, FAArbR Ewald Bartl | RA, FAArbR Marek Beck, LL.M. | VRiLAG apl. Prof. Dr. **Martin Becker**, Univ. Frankfurt/M. | RA Peter Berg | Prof. Dr. **Ulrich-Arthur Birk**, Univ. Bamberg | Prof. Dr. **Burkhard Boemke**, Univ. Leipzig | VRiLAG a.D. Dr. **Dietrich Braasch** | RAin, FAinArbR Judith Briegel | RA, FAArbR **Andreas Bufalica** | RAin, FAinArbR **Sabrina Burkart** | Prof. Dr. **Wolfgang Däubler**, Univ. Bremen | RAuN, FAArbR **Dieter Dette** | RA, FAArbR **Simon Dölcher** | **Sebastian W. Droßel**, Ass. Jur. | RiArbG **Alexander Dubon** | RA Dr. **Ulrich Faber** | RA, FAArbR Dr. **Heiner Fechner** | RAin **Ingrid Fraedrich**, LL.M., SOKA-Bau | VizePräsLAG **Thomas Gerretz** | RA, FAArbR u FAStrafR **Jan Gieseler** | RA, FAArbR **Christoph Gottbehüt** | RA, FAArbR **Roland Gross** | RA, FAArbR Dr. **Dietrich Growe** | RA, FAArbR **Ingo Hamm** | **Michael Hampf**, Ass. Jur., SOKA-Bau | **Harald Heck**, Ass. Jur., SOKA-Bau | Dr. **Detlef Hensche** | VRiLAG **Ralf Henssen** | RA, FAArbR **Gunnar Herget** | RA, FAArbR u FAVerwR **Hanno Herrmann** | RA, FAArbR **Jens Peter Hjort** | Prof. Dr. **Daniel Hlava**, LL.M., Frankfurt University of Applied Sciences | VizePräsLAG **Michael Holthaus** | RA, FAArbR **Christopher Kaempf** | RA, FAArbR **Boris Karthaus** | **Micha Klapp**, Ass. Jur., DGB | RAin, FAinArbR Dr. **Laurie-Ann Klein** | RA, DirArbG a.D. Dr. **Bernhard Kraushaar** | RA Dr. **Martin Kraushaar** | RA Dr. **Thomas Kreuder** | RA, FAArbR **Gerhard Kronisch** | RiArbG **Thomas Lakies** | RA Dr. **Frank Lorenz** | RA, FAArbR **Wolfgang Manske** | RA, FAArbR **Jürgen Markowski** | RAin **Ursula Matthiessen-Kreuder** | Prof. Dr. **Udo R. Mayer**, Univ. Hamburg | RAin, FAinArbR **Karin Milkau** | RA, FAArbR **Michael Nacken** | VRiLAG a.D. **Bernd Pakirnus** | **Anita Palonka**, Ass. Jur., Ev. Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe | VRiLAG **Gerhard Pfeiffer** | RA, FAArbR Dr. **Julian Richter** | Prof. Dr. **Gerhard Ring**, TU Freiberg | VRiLAG **Werner Rühl** | RAin, FAinArbR **Kathrin Schlegel** | RinArbG Dr. **Dorothee Schmiegel** | RiArbG **Frank Schmitt** | **Simone Schmitz**, Ass. Jur., SOKA-Bau | apl. Prof. Dr. **Jens M. Schubert**, Univ. Lüneburg | RA, FAArbR **Michael Schubert** | RA, FAArbR **Marc-Oliver Schulze** | RA **Norbert Schuster** | RA Dr. **Michael Schwegler** | RA, FAArbR **Bernd Spengler** | VRiLAG **Christoph Tillmanns** | RA, FAArbR **Jan Tretow** | RinArbG Dr. **Vera Turba** | RA PD Dr. **Bernhard Ulrici** | RAin, FAinArbR Dr. **Silvia Velikova** | Prof. Dr. **Bernd Waas**, Univ. Frankfurt/M. | RA Dr. **Martin Wolmerath** | **Andreas Zimmermann**, Dipl.-Verw.-wiss.



Nomos

Zitiervorschlag: HK-ArbR/Bearbeiter KSchG § 1 Rn. 1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7630-6

5. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 5. Auflage

Autoren, Herausgeber und Verlag freuen sich, nunmehr die 5. Auflage des Handkommentars zum Arbeitsrecht – kurz HK-ArbR – der interessierten Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Das Konzept des Buches hat sich bewährt. In einem Band vereint der Kommentar alle relevanten Gesetze des Individualarbeitsrechts und bezieht zugleich die relevanten Vorschriften des kollektiven Arbeitsrechts mit ein. Das Werk umfasst aber auch die maßgeblichen Normen der InsO, des SGB, des HGB und der Gewerbeordnung.

Ganz bewusst will das Werk dort weiterargumentieren, wo die vorhandene Kommentarliteratur sich mit gängigen Argumentationsmustern begnügt. Vielmehr soll ausgelotet werden, welche Spielräume für die Umsetzung von Arbeitnehmerpositionen bestehen und was vor Gericht Bestand haben kann. Hierfür wurde die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des EuGH umfassend ausgewertet. Zum praxistauglichen Konzept des Kommentars gehört es ferner, an vielen Stellen Beratungshinweise und Formulierungsvorschläge einzubringen.

Die 5. Auflage 2022 berücksichtigt alle arbeitsrechtlich relevanten gesetzlichen Neuregelungen der 19. Legislaturperiode, darunter auch die z.T. weitreichenden gesetzgeberischen Aktivitäten, die der andauernden Pandemiesituation geschuldet sind. So sind etwa folgende Neuregelungen aktuell bearbeitet worden:

- Kurzarbeit (SGB III)
- Homeoffice (BGB)
- Arbeitnehmerentsendung (AEntG)
- Betriebsrentenstärkung (BetrAVG)
- Arbeitsschutzkontrolle, insbesondere Fleischindustrie (AÜG, Arbeitsschutzgesetz)
- Betriebliche Mitbestimmung und Betriebsratswahlen (BetrVG)
- Elektronischer Rechtsverkehr (ArbGG)
- Ausbildungsvergütung und Weiterbildung (BBiG)

Auch sind eine Reihe von EU-Richtlinien, die der Umsetzung bedürfen, in der Kommentierung verarbeitet worden, so die Arbeitsbedingungen-RL, die Whistleblower-RL sowie die RL zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben. Komplett erneuert wurde die Kommentierung des Datenschutzrechts (DS-GVO/BDSG).

Die Autoren sind ausgewiesene Experten aus Anwaltschaft, Justiz und Wissenschaft, die ihre langjährige Erfahrung in der Beratung und Vertretung von Arbeitnehmern einbringen. Es konnten als neue Autoren gewonnen werden:

Marek Beck, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Simon Dilcher, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Alexander Dubon, Richter am Arbeitsgericht Würzburg

Thomas Gerretz, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Hamm

Christoph Gottbehüt, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bremen

Michael Hampf, Ass. Jur., SOKA-Bau, Wiesbaden

Prof. Dr. Daniel Hlava, LL.M., Frankfurt University of Applied Sciences, Frankfurt/M.

Christopher Kaempf, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Micha Klapp, Ass. Jur., DGB Bundesvorstand, Leiterin Abteilung Recht

Dr. Dorothee Schmieg, Richterin am Arbeitsgericht, Freiburg

Simone Schmitz, Ass. Jur., SOKA-Bau, Wiesbaden

Jan Tretow, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mannheim

Rechtsprechung und Literatur wurden bis ins 1. Quartal 2022 verarbeitet. Herausgeber und Autoren sind dem wissenschaftlichen Diskurs verpflichtet. Anregungen und Kritik sind daher jederzeit willkommen.

Die Herausgeber

Wolfgang Däubler

Jens Peter Hjort

Michael Schubert

Martin Wolmerath

Bremen/Hamburg/Freiburg/Hamm

April 2022

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 5. Auflage	5
Bearbeiterverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	13
Allgemeines Literaturverzeichnis	33
Einleitung	39
AEntG Arbeitnehmer-Entsendegesetz	65
AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Auszug)	95
AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug)	137
ArbEG Gesetz über Arbeitnehmererfindungen (Auszug)	223
ArbGG Arbeitsgerichtsgesetz	260
ArbPlSchG Arbeitsplatzschutzgesetz (Auszug)	537
ArbSchG Arbeitsschutzgesetz	554
ArbZG Arbeitszeitgesetz (Auszug)	593
ASiG Arbeitssicherheitsgesetz (Auszug)	673
ATG Altersteilzeitgesetz	683
AÜG Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	707
BBiG Berufsbildungsgesetz (Auszug)	818
BDSG Bundesdatenschutzgesetz (Auszug)	869
BEEG Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (Auszug)	924
BetrAVG Betriebsrentengesetz (Auszug)	987
BetrVG Betriebsverfassungsgesetz (Auszug)	1044
BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Auszug)	1137
BUrlG Bundesurlaubsgesetz (Auszug)	1718
EFZG Entgeltfortzahlungsgesetz	1768
FPfZG Familienpflegezeitgesetz	1840
GeschGehG Geschäftsgeheimnisgesetz	1850
GewO Gewerbeordnung (Auszug)	1861
GG Grundgesetz (Auszug)	1898
HAG Heimarbeitsgesetz	2090
HGB Handelsgesetzbuch (Auszug)	2116
InsO Insolvenzordnung (Auszug)	2164
KSchG Kündigungsschutzgesetz	2224
MediationsG Mediationsgesetz	2630
MiLoG Mindestlohnsgesetz	2636
MuSchG Mutterschutzgesetz	2693
NachwG Nachweisgesetz	2753
PflegeZG Pflegezeitgesetz	2772
ROM I-VO/EGBGB Rom I-Verordnung und Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Auszug)	2785
SchwarzArbG Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (Auszug)	2806
SGB II Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) – Grundsicherung für Arbeitsuchende – (Auszug)	2826
SGB III Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III) – Arbeitsförderung – (Auszug)	2858

Inhaltsverzeichnis

SGB V	Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung – (Auszug)	2955
SGB VI	Sozialgesetzbuch (SGB) Sechstes Buch (VI) – Gesetzliche Rentenversicherung – (Auszug)	2972
SGB IX	Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – (Auszug)	3000
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz	3038
UrhG	Urheberrechtsgesetz (Auszug)	3162
Stichwortverzeichnis	3181

Bearbeiterverzeichnis

- Dr. Martina Abrendt*, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt
(bis zur 4. Aufl.: §§ 1–2, 4–13, 22–23 TzBfG)
- Antonius Allgaier*, IG Bauern Agrar Umwelt, Leiter Abteilung Arbeits- und Sozialrechtspolitik,
Frankfurt/M. (bis zur 4. Aufl.: §§ 1, 5–6, 30a BetrAVG)
- Ewald Bartl*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart
(Anhang zu § 3, §§ 4–5, 16–17, 21a ArbZG)
- Marek Beck*, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg
(§§ 17–22 KSchG)
- Prof. Dr. Martin Becker*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, apl. Professor,
Goethe-Universität Frankfurt/M. (GewO, Art. 1–6 GG)
- Peter Berg*, Rechtsanwalt, Düsseldorf
(§§ 6–10, 13–18 AGG, Anh. zu § 8 AGG: EntgTranspG, HAG)
- Prof. Dr. Ulrich-Arthur Birk*, Otto-Friedrich-Universität Bamberg (§§ 1–14 BEEG)
- Prof. Dr. Burkhard Boemke*, Universität Leipzig
(§§ 305–310, 611, 611a BGB Rn. 267–459, 465–470)
- Dr. Dietrich Braasch*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht a.D., Aalen
(§ 102 BetrVG)
- Judith Briegel*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Nürnberg
(§§ 2, 8 KSchG, §§ 1–16 MuSchG, in der 4. Aufl.: §§ 17–34 MuSchG)
- Andreas Bufalica*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg
(§ 103 BetrVG, Vor §§ 1 ff., § 1 Rn. 43–212, 650–676 KSchG, bis zur 4. Aufl.: § 15 KSchG)
- Sabrina Burkart*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Hamburg (SGB V)
- Prof. Dr. Wolfgang Däubler*, Universität Bremen
(Einleitung, BDSG, §§ 611, 611a Vor, Rn. 573–585, 589–630, §§ 612a, 630 BGB, §§ 1,
3–12, 20 MiLoG, Rom I-VO/EGBGB)
- Dieter Dette*, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bremen
(bis zur 4. Aufl.: Vor §§ 68 ff., §§ 85–92, 95, 122–127 SGB IX aF)
- Simon Dilcher*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg (§§ 15, 24 KSchG)
- Sebastian Wilhelm Droffel*, Ass. Jur., München (ATG)
- Alexander Dubon*, Richter am Arbeitsgericht Würzburg (§§ 5–7 EFZG, §§ 13–14 KSchG)
- Dr. Ulrich Faber*, Rechtsanwalt, Bochum (ArbSchG, ASiG)
- Dr. Heiner Fechner*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Wiss. Mitarbeiter Universität
Bremen (GeschGehG, Vor §§ 1 ff., §§ 2, 13–19, 21–23 MiLoG)
- Ingrid Fraedrich*, LL.M., Rechtsanwältin, SOKA-Bau, Wiesbaden
(bis zur 4. Aufl.: §§ 1b, 2 BetrAVG)
- Thomas Gerretz*, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Hamm
(§§ 1, 2a–3, 5, 8, 10–11a, 13, 80–91, 97–100 ArbGG)
- Jan Gieseler*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Strafrecht, Tauberbischofsheim
(bis zur 4. Aufl.: §§ 5–7 EFZG, §§ 13–14 KSchG)
- Christoph Gottbehüt*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bremen
(Vor §§ 151 ff., §§ 151–152, 164–175, 178, 205–210 SGB IX)
- Roland Gross*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leipzig
(§§ 72–79, Vor §§ 92–96a, 111 ArbGG, §§ 10–19, 27–33 BbIG)
- Dr. Dietrich Growe*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mannheim
(bis zur 4. Aufl.: §§ 1–3, 6–15, 22–23 ArbZG)
- Ingo Hamm*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin (ArbSchG, ASiG)

Bearbeiterverzeichnis

- Michael Hampf*, Ass. Jur., SOKA-Bau, Wiesbaden (§§ 1a, 2a, 3, 5, 6, 16–18a BetrAVG)
- Harald Heck*, Ass. Jur., SOKA-Bau, Wiesbaden (§§ 7–9 BetrAVG)
- Dr. Detlef Hensche*, Berlin (Art. 9, 14 GG)
- Ralf Hensen*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, Hamm
(bis zur 4. Aufl.: §§ 1, 2a–3, 5, 8, 10–11a, 13, 80–91, 97–100 ArbGG)
- Gunnar Herget*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Essen (§§ 625–627 BGB)
- Hanno Herrmann*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Verwaltungsrecht, Baden-Baden (ArbPISchG, §§ 1–9, 20–26, 34–37, 102 BBiG, § 78a, 83 BetrVG, §§ 1–7, 22–23 SchwarzArbG)
- Jens Peter Hjort*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg (§§ 10, 25 KSchG)
- Prof. Dr. Daniel Hlava*, LL.M., Frankfurt University of Applied Sciences, Frankfurt/M.
(§§ 614–619a, 628–629 BGB)
- Michael Holthaus*, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Erfurt (BUrLG)
- Christopher Kaempff*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg
(§§ 1a, 9, 11–12, 16 KSchG)
- Boris Karthaus*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, IG Bezirksleitung Bayern, München (§ 613a BGB)
- Micha Klapp*, Ass. Jur., DGB Bundesvorstand, Leiterin Abteilung Recht
(§§ 1–5, 11–12, 22–23 AGG)
- Dr. Laurie-Ann Klein*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bochum
(§§ 1, 2, 36, 38, 95, 100, 110–111, 138, 140–141, 147–148, 157–161, 309, 312 SGB III)
- Dr. Bernhard Krausbaar*, Rechtsanwalt, Direktor des Arbeitsgerichts a.D., Reutlingen
(§ 242 BGB, bis zur 4. Aufl.: § 612a BGB)
- Dr. Martin Krausbaar*, Rechtsanwalt, Wiesbaden/Stuttgart (§ 242 BGB)
- Dr. Thomas Kreuder*, Syndikusrechtsanwalt, Bereichsleiter Recht, IP-Management & Compliance in einem börsennotierten Industriekonzern, Bad Homburg
(§§ 611, 611a BGB Rn. 1–214, 460–464, 471–572, 586–588, 631–632, Anh. zur Pandemie)
- Gerhard Kronisch*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bad Honnef (ArbEG)
- Thomas Lakies*, Richter am Arbeitsgericht, Berlin (Art. 12 GG)
- Dr. Frank Lorenz*, Rechtsanwalt, Düsseldorf (AÜG, Anh. zum ArbSchG: ArbSchKontrollG)
- Wolfgang Manske*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Nürnberg
(bis zur 4. Aufl.: §§ 2, 8 KSchG)
- Jürgen Markowski*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Offenburg
(§§ 113, 120–128 InsO, § 1 KSchG Rn. 213–364)
- Ursula Matthiessen-Kreuder*, Rechtsanwältin, Bad Homburg
(§§ 611, 611a BGB Rn. 1–214, 460–464, 471–572, 586–588, 631–632, Anh. zur Pandemie)
- Prof. Dr. Udo R. Mayer*, Universität Hamburg (AEntG, SGB II)
- Karin Milkau*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Würzburg (§§ 8–13 EFZG)
- Michael Nacken*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bremen
(bis zur 4. Aufl.: Vor §§ 68 ff., §§ 68–69, 81–84 SGB IX aF)
- Bernd Pakirmus*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht a.D., Hamm
(§ 9, Anh. zu § 9 ArbGG: Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, § 12, 12a ArbGG)
- Anita Palonka*, Ass. Jur., Dipl.Vw.-wirtin, Evangelische Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe (bis zur 4. Aufl.: §§ 614–619a, 628–629 BGB)

- Gerhard Pfeiffer*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, Stuttgart (§§ 64–69 ArbGG)
- Dr. Julian Richter*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg/Kiel (§ 613a BGB)
- Prof. Dr. Gerhard Ring*, TU Bergakademie Freiberg
(§§ 611, 611a BGB Rn. 215–266, 633–669)
- Werner Rühl*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, Hamburg (FPfZG, PflegeZG)
- Kathrin Schlegel*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt/M. (HGB)
- Dr. Dorothee Schmiegel*, Richterin am Arbeitsgericht, Freiburg (§§ 1, 2, 4–13, 22–23 TzBfG)
- Frank Schmitt*, Richter am Arbeitsgericht, Berlin
(§§ 2, 4, 46–63 ArbGG, §§ 622–623 BGB, § 1 KSchG Rn. 1–42, §§ 3–7 KSchG)
- Simone Schmitz*, Ass. Jur., SOKA-Bau, Wiesbaden (Vor §§ 1 ff., §§ 1, 1b, 2, 4, 4a BetrAVG)
- Prof. Dr. Jens M. Schubert*, apl. Professor, Leuphana Universität Lüneburg (AEUV)
- Michael Schubert*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Freiburg
(§§ 111–113 BetrVG, § 1 KSchG Rn. 365–649, § 23 KSchG, NachwG)
- Marc-Oliver Schulze*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Nürnberg
(Vor, §§ 38, 53, 55, 85–86, 174–175, 208–209 InsO, §§ 165–169 SGB III)
- Norbert Schuster*, Rechtsanwalt, Berlin
(bis zur 4. Aufl.: Vor §§ 1 ff., §§ 1a, 3–4a, 16–18a BetrAVG)
- Dr. Michael Schwegler*, Rechtsanwalt, Düsseldorf (§§ 84–86 BetrVG)
- Bernd Spengler*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Würzburg (§§ 1–4a EFZG)
- Christoph Tillmanns*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, Freiburg
(§§ 3–4, 14–21, 23 TzBfG)
- Jan Tretow*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mannheim
(§§ 1–3, 6–15, 22–23 ArbZG)
- Dr. Vera Turba* (geb. *Braun*), Richterin am Arbeitsgericht, Hamburg
(bis zur 4. Aufl.: §§ 1–5, 11–12, 22–23 AGG, §§ 1a, 9, 11–12, 16–22, 24 KSchG)
- PD Dr. Bernhard Ulrici*, Rechtsanwalt, Leipzig (§§ 305–310 BGB, UrhG)
- Dr. Silvia Velikova*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Berlin
(§§ 15–21 BEEG, §§ 17–34 MuSchG)
- Prof. Dr. Bernd Waas*, Goethe-Universität Frankfurt/M.
(bis zur 4. Aufl.: §§ 614–619a, 628–629 BGB)
- Dr. Martin Wolmerath*, Rechtsanwalt, Hamm (§ 31 ArbGG, MediationsG)
- Andreas Zimmermann*, Dipl.-Verw.-wiss., Berlin (SGB VI)

Das IAO-Abkommen Nr. 132 ist nach hM **kein unmittelbar anwendbares Recht**, auf das der Einzelne sich zur Begründung von Ansprüchen berufen kann.⁷ Da das Abkommen von der Bundesrepublik ratifiziert ist, bindet es die Bundesrepublik als Völkerrechtssubjekt.⁸ Es ist deshalb **für die Auslegung nationalen Rechts von Bedeutung**; im Zweifel will die Bundesrepublik ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen genügen.⁹ Lässt das BUrlG mehrere Auslegungen zu, ist derjenigen der Vorzug einzuräumen, die zu einem Ergebnis führt, das im Einklang mit dem IAO-Abkommen Nr. 132 steht.

b) Innere Systematik des BUrlG. Anspruchsgrundlage für den Url.-Anspruch dem Grunde nach ist § 1. Die Höhe der Url.-Vergütung berechnet sich nach § 11 Abs. 1. Der **Anspruchsinhalt** wird hinsichtlich Dauer (§ 3) sowie Zeitpunkt (§ 7 Abs. 1 und 2) konkretisiert. Entstehung, Fälligkeit und Untergang des Anspruchs sind geregelt in §§ 4, 6 Abs. 1, 7 Abs. 3, 11 Abs. 2. §§ 2, 3 Abs. 2 sind Hilfsnormen (Definitionen), Nebenpflichten regeln § 6 Abs. 2 und § 8, das Verhältnis zu anderen Gesetzen die §§ 15 bis 16 sowie die Besonderheiten für Heimarbeiter § 12. Das Leistungsstörungenrecht ist im Gesetz nur für einzelne Fälle in den §§ 9, 10, 7 Abs. 4 geregelt, iÜ gelten die allgemeinen Vorschriften. § 13 schließlich bestimmt die Zulässigkeit möglicher abweichender Regelungen.

2. Begriff und Rechtsnatur des Erholungsurlaubs. Die Rechtsnatur des Url.-Anspruchs ist umstritten. Der EuGH bezeichnet Freistellung und Zahlung als zwei Seiten eines Anspruchs,¹⁰ wobei das Url.-Entgelt als das gewöhnliche während des Url. weiter zu zahlende Arbeitsentgelt qualifiziert wird.¹¹ Nach neuerer Rspr des BAG sind Freistellung und Vergütungskomponente des Url. akzessorisch miteinander verknüpft und bei Wegfall der Freistellungsmöglichkeit kann der finanzielle Aspekt wie bei der Url.-Abgeltung fortbestehen.¹² Das spricht weder eindeutig für noch gegen einen Einheitsanspruch, bei dem Freistellung und Vergütungszahlung untrennbar miteinander verbunden sind,¹³ bzw. die Theorie, dass Url. nur die Freistellung meint und iÜ einen Entgeltfortzahlungstatbestand darstellt.¹⁴ Der **Meinungsstreit** ist weder besonders hilfreich noch bedeutsam.¹⁵ Ein in sich geschlossenes harmonisches dogmatisches Url.-Rechtssystem, das sowohl unionsrechtlich als auch nach nationalem Recht friktionsfrei alle Probleme widerspruchlos löst, ist weder erkennbar, noch iEs erforderlich. Das BUrlG muss nicht inhaltsgleich mit Art. 7 RL 2003/88/EG sein, sondern stellt eine nationale Ausgestaltung des Url.-Rechts dar, bei der nationale Gepflogenheiten durchaus Berücksichtigung finden und aufrechterhalten werden dürfen, wenn sie nicht das Schutzniveau der RL unterschreiten. Soweit zwingende europarechtliche Vorgaben eine anpassende Auslegung nationalen Rechts erfordern, kann und muss diese vorgenommen werden.

Wichtiger ist, den Url.-Anspruch als **nichttechnisches Arbeitsschutzrecht**¹⁶ und echtes **Grundrecht** (→ Rn. 4 und 9) zu begreifen und bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen. Dieser Linie folgt die Kommentierung ab dieser Auflage, so dass die Lösung dogmatischer Fragen bzw. Meinungsverschiedenheiten bei den einzelnen Regelungen einzelfallbezogen erörtert werden.

Der Erholungsurlaub dient nicht nur¹⁷ der **Auffrischung und Wiederherstellung der Arbeitskraft**,¹⁸ sondern soll dem AN vor allem **Freizeit** zur selbstbestimmten Nutzung und Entspannung gewähren.¹⁹ Die Beschränkung auf den Erholungszweck²⁰ mag für den europarechtlichen Anspruch zutreffen. Für das nationale Recht, welches dann uU darüber hinausgeht, verdient der grundrechtliche Bezug mehr Beachtung als bisher. Der rechtlich relevante Zweck des Url.-Anspruchs ist es – abgeleitet aus dem **Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit** unter Beachtung der Menschenwürde –, dem AN Gelegenheit zu geben, einmal im Jahr selbst-

7 Leinemann/Linck § 15 Rn. 36 ff.; Friese Rn. 9; in der Rspr. meist offengelassen, vgl. nur BAG 7.3.1985 – 6 AZR 334/82, NZA 1986, 132; vgl. auch Fenski, Urlaub im Spannungsfeld zwischen internationalem, europäischem und deutschem Recht DB, 2007, 686 ff. 8 So BAG 23.1.1997 – 8 AZR 800/94, zum IAO-Abkommen Nr. 111. 9 Friese Rn. 9; Leinemann/Schütz, Wirkungen der IAO-Übereinkommen auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland, ZfA 1994, 1 (12 ff.); zweifelnd Leinemann/Linck § 15 Rn. 42 ff. 10 EuGH 16.3.2006 – C-131/04, NZA 2006, 481. 11 So ausdrücklich EuGH 20.1.2009 – C-350/06 u. 520/06 Rn. 61, NZA 2009, 135. 12 BAG 22.1.2019 – 9 AZR 45/16, NZA 2019, 829. 13 Neumann/Fenski/Kühn § 1 Rn. 69. 14 BAG 1.12.1983 – 6 AZR 299/80, NZA 1984, 144; Leinemann/Linck § 1 Rn. 25 ff., 30. 15 Dazu instruktiv NK-GA/Düwell § 1 Rn. 23. 16 EuArBRK/Gallner RL 2003/88/EG Art. 7 Rn. 1 u 3f; aA, aber unionsrechtlich schlicht nicht mehr haltbar Neumann/Fenski/Kühn § 1 Rn. 57. 17 Wohl anders Fenski NZA 2014, 1381. 18 BT-Drs. IV/785, 1; EuGH 22.11.2011 – C-214/10 (KHS), NZA 2011, 1333. 19 EuGH 22.11.2011 – C-214/10 (KHS), NZA 2011, 1333; BAG 8.3.1984 – 6 AZR 600/82, NZA 1984, 197. 20 Fenski NZA 2014, 1381.

ausreichend bestritten habe.⁸⁰ Diese Entscheidung enthält immerhin den Orientierungssatz, der Betriebsbezug des § 23 Abs. 1 KSchG sei „verfassungsrechtlich unbedenklich, solange dadurch nicht angesichts der vom AG geschaffenen konkreten Organisation die gesetzgeberischen Erwägungen für die Privilegierung von Kleinbetrieben bei verständiger Betrachtung ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung betroffener AN führt“ (OS. 3).⁸¹ Das BAG zieht aus ihm aber keine Konsequenzen. Insbesondere legt es damit auch nicht die Maßstäbe der Rspr des Bundesverfassungsgerichts an (→ Rn. 18–20). Danach kann ein AG mit mehr als zehn AN in mehreren Betriebsstätten gerade nicht die Kleinbetriebsprivilegierung einfach dadurch erreichen, dass er jeweils gesonderte Leitungsorgane installiert. Demgegenüber wird zutreffend vertreten, bei Unternehmen mit mehreren Betriebsstätten mit zusammen (aber jeweils nicht für sich) mehr als zehn AN, folge aus einer verfassungskonformen Auslegung des Betriebsbegriffs, dass der erste Abschnitt des KSchG auf alle AN der Betriebsstätten anzuwenden sei.⁸²

- 23 b) **Kirchengemeinden.** In ähnlich bedenkllicher Weise geht das BAG auch bei – von ihm als **eigenständige Betriebe** angesehenen – Kirchengemeinden mit entsprechend geringer eigener AN-Zahl vom Vorliegen eines Kleinbetriebs iSv Abs. 1 S. 2 aus. Auch hier prüft und verneint es wieder das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs. Die von ihm selbst festgestellte **Zuordnung der Gemeinde zu einem übergreifenden Verwaltungsverband**, der mit einer großen Zahl von AN auch unterstützend in Personalangelegenheiten tätig wird, und das Erfordernis der kirchenaufsichtsrechtlichen Genehmigung einer Künd. durch die einzelne Gemeinde, wie auch das Fehlen einer eigentlichen Finanzschwäche angesichts der Mittelzuwendungen durch die Religionsgemeinschaft, will es nicht als gravierend gegen einen Kleinbetrieb sprechende Tatsachen bei verfassungskonformer Auslegung akzeptieren.⁸³
- 24 c) **Auslandsbezug.** Auslandsbezüge von Unternehmen und Betrieben einschließlich grenzübergreifenden AN-Einsatzes werden im Zuge der EU und der Globalisierung immer praxisrelevanter.

Soweit AN eines deutschen Betriebes lediglich zeitweilig ins Ausland entsandt sind, bleibt grundsätzlich die **Zurechnung zum deutschen Betrieb** – auch bei einer vom deutschen Recht abweichenden Rechtswahl – erhalten, so dass sie auch bei der Berechnung gem. Abs. 1 S. 2–4 mitzählen.⁸⁴ Selbst für dauerhaft im Ausland eingesetzte AN eines deutschen Betriebs wird richtigerweise die Geltung des KSchG angenommen, soweit noch ein weitgehendes Direktionsrecht des deutschen AG besteht.⁸⁵ Auch bei einem Betrieb bzw. Betriebsteil in Deutschland zählen nach richtiger Auffassung im Übrigen alle AN unabhängig davon mit, ob sie den allgemeinen Künd-Schutz nach dem Ersten Abschnitt des KSchG haben. Deshalb zählen sowohl AN mit deutschem Arbeitsvertragsstatut, jedoch noch in der Wartezeit des § 1 Abs. 1, mit, als auch AN mit ausländischem Arbeitsvertragsstatut (aber → Rn. 25).⁸⁶

- 25 Für **grenzübergreifende Betriebe** – häufig auch Gemeinschaftsbetriebe mehrerer Unternehmen in zwei oder mehr Staaten – vertritt das BAG die Ansicht, dass die im deutschen Betriebsteil beschäftigten AN nur dann den allgemeinen Künd-Schutz beanspruchen könnten, wenn die

80 Vgl. BAG 2.3.2017 – 2 AZR 427/16, NZA 2017, 859. 81 Vgl. auch – mit entsprechendem OS (dort OS 2), aber ebenfalls ohne Konsequenzen, betr. ein Unternehmen mit einer Niederlassung in Deutschland und einer in der Schweiz BAG 19.7.2016 – 2 AZR 468/15, NZA 2016, 1196. 82 Vgl. KR/Bader § 23 Rn. 64, 32, 66, 67; HaKo-KSchR/Pfeiffer § 23 Rn. 11; Küttner Personalbuch 2021/Kania Kleinbetrieb Rn. 2, jeweils unter Verweis auf BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87. 83 Vgl. BAG 13.11.1998 – 2 AZR 459/97, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 20; 16.1.2003 – 2 AZR 609/01, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 32; 21.2.2001 – 2 AZR 579/99, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 26; vgl. auch LAG RhPf 16.1.2015 – 1 Sa 554/14; ebenso KR/Bader § 23 Rn. 37. 84 Vgl. – auch für Entsendung von LeihAN ins Ausland – BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18. Vgl. näher: Mauer, Personaleinsatz im Ausland, Teil 2, S. 111 ff. (Rn. 455 ff.), S. 151 ff. (Rn. 522 ff.); zu den ggf. anderen Voraussetzungen für die Anwendung des BetrVG und des deutschen Sozialversicherungsrechts vgl. Mauer, Personaleinsatz im Ausland, Teil 3, S. 195 ff. (Rn. 710 ff.); KR/Bader § 23 Rn. 24; ErfK/Kiel § 23 Rn. 6 – unklar, ob auch für diese stets deutsches Arbeitsrechtsstatut bestehen muss; HaKo-KSchR/Pfeiffer § 23 Rn. 4; vgl. auch BAG 21.1.1999 – 2 AZR 648/97, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 9. 85 Vgl. LAG RhPf 19.8.2015 – 4 Sa 709/14; zu regelmäßigen Geltung deutschen Arbeitsrechts, insbesondere KSchG, bei „entgrenzten“ Arbeitsverh. vgl. auch Gimmy/Hügel, Kündigungsschutz für „entgrenzte“ Arbeitnehmer, NZA 2013, 764.; vgl. auch DDZ/Deinert/Callens § 23 Rn. 27–29. 86 Vgl. HessLAG 18.12.1979 – 7 Sa 607/79, NJW 1980, 2664; DDZ/Deinert/Callens § 23 Rn. 32 mit stichhaltigen Ausführungen zur Rechtslage; HaKo-KSchR/Pfeiffer § 23 Rn. 4; Deinert, Reichweite des deutschen Kündigungsschutzgesetzes bei internationalen Sachverhalten, RiW 2008, 148 (150); ErfK/Kiel § 23 Rn. 6 – ohne Aussage, ob dies auch ohne deutsches Arbeitsvertragsstatut gilt; zu den hiervon abweichenden Erwägungen im Urte. des BAG 26.3.2009 – 2 AZR 883/07 vgl. noch → Rn. 25.

Voraussetzungen des Abs. 1 S. 2 und 3 im Inland vorlägen. Dies, obwohl hier typischerweise die Merkmale für gem. Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG schutzwürdige Einheiten iS der Rspr des BVerfG⁸⁷ (→ Rn. 19) gerade nicht vorliegen. Das BAG hat deshalb bereits 1997 den Kündigungsschutz gem. § 1 für die ANin einer in Deutschland tätigen Vertriebsgesellschaft mit weiteren Betriebsteilen in den USA und Großbritannien verneint, weil im deutschen Betriebsteil nicht mehr als fünf AN beschäftigt worden seien und der „räumliche Geltungsbereich des KSchG auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt“ sei.⁸⁸ An dieser Berufung auf das angeblich für den allgemeinen Kündigungsschutz geltende „**Territorialitätsprinzip**“ und einem sich daraus ergebenden Erfordernis einer inländischen betrieblichen Struktur (eine Leitung im Ausland genüge nicht) hat das BAG auch noch in seinem Ur. vom 3.6.2004 festgehalten.⁸⁹

Diese in mehrfacher Hinsicht unzutreffende, mit den Grundsätzen des internationalen Privatrechts (keine räumliche Beschränkung des Kündigungsschutzes, vielmehr Rechtswahlfreiheit, vgl. Art. 3 und 8 der VO [EG] Nr. 593/2008 [Rom I-VO])⁹⁰ (früher Art. 27 und 30 EGBGB) unvereinbare Rechtsansicht⁹¹ hat das BAG mit seinem Ur. vom 17.1.2008⁹² – allerdings ohne entsprechende ausdrückliche Klarstellung – aufgegeben. Um dennoch weiter an seiner verfehlten Auffassung festhalten zu können, bemüht sich der 2. Senat des BAG nun wenig überzeugend, das von ihm gewünschte Ergebnis aus einer **systematischen und historischen Auslegung des Betriebsbegriffs** abzuleiten.⁹³ Er muss dabei allerdings selbst einräumen, dass der Wortlaut des § 23 Abs. 1 für seine Auslegung „wenig Anhaltspunkte“ enthalte (tatsächlich gar keine). Auch hier fehlt zudem abermals die gebotene Befassung iSd verfassungsrechtlichen Einschränkung des Kleinbetriebsbegriffs, zumal unter den heutigen Anforderungen der Globalisierung.⁹⁴ Das zentrale Argument des BAG, der Betriebsbegriff sei historisch durch das Betriebsverfassungsgesetz geprägt, trägt schon deshalb nicht, weil in vielerlei Hinsicht nicht nur durch gesetzliche Regelungen – vgl. zB §§ 3 und 4 BetrVG – sondern auch durch die BAG-Rspr selbst der kündigungsschutzrechtliche und der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff seit langem nicht mehr deckungsgleich sind.⁹⁵ Auch der Versuch, mit einem „Umkehrschluss“ aus der Sonderregelung für Seeschiffe, Binnenschiffe und Luftfahrzeuge in

26

⁸⁷ Vgl. BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP KSchG 1969, § 23 Nr. 1. ⁸⁸ So BAG 9.10.1997 – 2 AZR 64/96, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 16; vgl. auch schon BAG 7.11.1996 – 2 AZR 648/95, RzK I 14 c Nr. 24. ⁸⁹ Vgl. BAG 3.6.2004 – 2 AZR 386/03, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 33; diese Rspr. seinerzeit befürwortend: LAG Nds 28.9.2007 – 16 Sa 1900/06; LAG SchlH 14.11.2007 – 3 Sa 299/07; ErfK/Kiel, 8. Aufl. 2008, § 23 Rn. 2; SPV Kündigung, 8. Aufl. 2002, Rn. 894; BTM/Backmeister § 23 Rn. 10; dagegen bezieht sich das Urteil des BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, NZA 2018,1396, nur (insoweit zutreffend) auf das Territorialitätsprinzip für das BetrVG (konkret Geltung des § 102 Abs. 1 BetrVG für einen AN im Auslandsinsatz – Ausstrahlung); aA (auch bei Leitung im Ausland, jedoch mehr als 10 AN in verfassungskonformer Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG kein Kleinbetrieb, dh Kündigungsschutz): HessLAG 17.10.2017 – 8 Sa 1444/16; DDZ/Deinert/Callens § 23 Rn. 29; KR/Bader § 23 Rn. 24. ⁹⁰ ABl. 2008 Nr. L 177, 6, ber. 2009 Nr. L 309, 87. ⁹¹ Vgl. so schon KDZ/Kittner/Deinert, 7. Aufl. 2008, § 23 Rn. 22 ff.; DDZ/Däubler Eiml. Rn. 588 ff.; ErfK/Oetker § 1 Rn. 9 ff.; KR/Weigand, Internat. Arbeitsvertragsrecht, VO EG 593/2008, Rn. 6 ff.; zur Geltung ausländischen Arbeitsrechts in Deutschland bzw. deutschen Arbeitsrechts im Ausland bei entsprechender Rechtswahl vgl. iÜ auch die st. Rspr. des BAG: BAG 21.1.1999 – 2 AZR 648/97, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 9 – grenzübergreifende Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten; 23.4.1998 – 2 AZR 489/97, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 19; 20.4.1989 – 2 AZR 431/88, AP BGB § 613 a Nr. 81 – Erhaltung der Betriebsidentität bei Verlagerung ins Ausland (Berlin-Lyon); 29.10.1992 – 2 AZR 267/92, AP IPR Arbeitsrecht Nr. 31- US-Arbeitsvertragsstatut für von Berlin aus eingesetzten US-Flugkapitän. ⁹² Vgl. BAG 17.1.2008 – 2 AZR 902/06, EZA § 23 KSchG Nr. 31. ⁹³ Vgl. DDZ/Deinert/Callens § 23 Rn. 29; „Das Gericht bemüht außerordentlich schwache systematische, grammatische und historische Argumente, ohne auf die in der Literatur mehrfach geäußerten teleologischen Argumente überhaupt nur einzugehen (die gegenteilige Behauptung von BAG 26.3.2009 – 2 AZR 54/18, eine Auseinandersetzung mit der Kritik in der Literatur sei erfolgt, trifft nicht zu, vgl. auch Otto/Mückl BB 2008, 1231 (1233); BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18 – nimmt ohne jede Diskussion auf die frühere Rechtsprechung Bezug)“. ⁹⁴ Vgl. zur überzeugenden Kritik an diesem Ur. und der vorhergehenden und nachfolgenden bestätigenden Rspr.: Deinert, Zum Kündigungsschutz der Inlandsbeschäftigten eines Auslandsbetriebes, AuR 2008, 300 ff.; DDZ/Deinert § 23 Rn. 27 ff. mwN; vgl. auch → Rn. 23; Straube, Internationaler Anwendungsbereich des KSchG – Abschied vom Territorialitätsprinzip, DB 2009, 1045 (1406); Junker FS Konzen, 2006, S. 367; Gravenhorst, Kündigungsschutz bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug, RdA 2007, 283; Gravenhorst Juris-PR ArbR 31/2008; Otto/Mückl, Entscheidungsbesprechung zu BAG 17.1.2008 – 2 AZR 902/06, BB 2008, 1231; vgl. auch gegen BAG: LAG Hmb 22.3.2011 – 1 Sa 2/11, AE 2011, 240 – Revision beim BAG – 2 AZR 357/11 – zurückgenommen. ⁹⁵ So auch ausdrücklich BAG 27.6.2019 – 2 AZR 38/19, NZA 2019, 1427 – zu „Betrieben“ iS von § 3 Abs. 1 Nr. 1–3 BetrVG; zu abweichenden Betriebsbegriffen auch SPV Kündigung Rn. 852 ff. mwN, wonach der Rechtssatz, der in § 1 verwandte Betriebsbegriff sei derselbe wie der des BetrVG, „aus vielerlei Gründen nicht mehr durchgehalten werden“ kann.

§ 24 KSChG beweisen zu wollen, dass in § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSChG nur Inlandsbetriebe gemeint sein können,⁹⁶ überzeugt nicht: Eine Spezialregelung für Strukturen, deren Betriebseigenschaft nicht ohne Weiteres klar ist, gibt nichts für einen solchen Umkehrschluss her.⁹⁷

- 27 In seinen Urten vom 26.3.2009 und 8.10.2009 (betr. einen AG mit mehreren Tausend AN in Griechenland und acht bis zehn AN in der deutschen Filiale!) und 7.7.2011⁹⁸ beruft sich der 2. Senat dann auf diese (neu begründete) ständige Rspr. In den Urten vom 26.3.2009 und 8.10.2009 versucht er seine Argumentation nun maßgeblich dadurch zu stützen, dass er behauptet, „nahezu immer“ (Rn. 16 des Urts.) bzw. „stets“ (Rn. 17 des Urts.) werde bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung iSd KSChG gegenüber allen etwa angesprochenen AN und gegenüber dem AG dasselbe, nämlich deutsches ArbR und insbesondere das Recht des KSChG vorausgesetzt, weshalb eine „Kohärenz“ zwischen Betriebsbegriff iSd § 23 Abs. 1 und Kündigungsschutz bestehen müsse.⁹⁹ Aus dieser Verknüpfung von Betriebsbegriff und Geltung des KSChG für alle betroffenen AN ergibt sich dann allerdings abweichend von der früheren Argumentation des BAG, dass jedenfalls im Auslandsfall des Betriebs beschäftigte AN mit deutschem Arbeitsstatut (hierzu schon → Rn. 24) bei der Berechnung des Schwellenwerts mitgezählt werden müssen und sich dann unter deren Hinzurechnung die Anwendung des KSChG auch bei unter dem Schwellenwert liegendem deutschen Betriebsanteil ergeben kann (vgl. noch → Rn. 28).¹⁰⁰ Allerdings sind die – im Urten nicht näher, insbes. nicht in Auseinandersetzung mit dem **internationalen Privatrecht/Kollisionsrecht** – begründeten Erwägungen, der deutsche Arbeitsrechtsstatus anderer im Betrieb beschäftigter AN sei für den Kündigungsschutz maßgeblich,¹⁰¹ abermals verfehlt (zur tatsächlichen Rechtslage nach bislang völlig hM → Rn. 24). Das zeigt schon folgende Gegenprobe: Da nach dem internationalen Privatrecht – vgl. nur Art. 3, 8 VO (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-VO)¹⁰² – auch in Betrieben in Deutschland eingesetzte AN durchaus mit ausländischem Arbeitsstatut beschäftigt werden können, müsste die jetzige Erwägung des BAG in der Konsequenz dazu führen, dass selbst in größeren Inlandsbetrieben mit AN mit ausländischem Arbeitsstatut der Kündigungsschutz für AN mit deutschem Arbeitsstatut gem. § 23 Abs. 1 S. 2–4 entfallen könnte.¹⁰³ Es ist handgreiflich, dass eine solche zusätzlich einschränkende Auslegung des Betriebsbegriffs iSd § 23 Abs. 1 nicht haltbar ist und praktisch das **Unterlaufen des deutschen Kündigungsschutzes** durch entsprechende in Deutschland agierende Unternehmen aus anderen EU-Staaten ermöglichen würde. Der Versuch der Rechtfertigung der verfehlten Ansicht des BAG mit dem Hinweis, es gebe sonst bei unterschiedlichen Arbeitsvertragsstatuten „kaum lösbare Probleme“ – etwa bei der Sozialauswahl –,¹⁰⁴ geht zum einen am Kernproblem vorbei: Damit lässt sich nicht der Entzug des bei verfassungskonformer Anwendung der Kleinbetriebsklausel gerade bestehenden Kündigungsschutzes rechtfertigen. Zum anderen verkennt er, dass sich derartige **kollisionsrechtliche Probleme auch für Inlandsbetriebe** mit unterschiedlichem Arbeitsvertragsstatut ergeben können.¹⁰⁵ Hinzu kommt: Tatsächlich besteht ein Erfordernis der Geltung des KSChG für alle AN des Betriebs nicht nur durchweg bei verhaltens- und personenbedingten Künd. gerade nicht. Selbst die nur für die betriebsbedingte Kündigung erforderliche Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSChG ist vielmehr nicht davon abhängig, dass für alle AN des Betriebs das KSChG gilt: Auch AN in der Wartezeit gem. § 1 Abs. 1, AN mit gesetzlichem und kollektivrechtlichem Sonderkündigungsschutz, uU auch AN mit befristeten Arbeitsverträgen werden nicht in die

⁹⁶ Vgl. BAG 17.1.2008 – 2 AZR 902/06, EzA § 23 KSChG Nr. 31, Rn. 25. ⁹⁷ Vgl. zu einem solchen Fall LAG Bln-Bbg 26.3.2015 – 26 Sa 1513/14 – (Easyjet Company Ltd. als Betrieb iS KSChG) – auf Revision beim BAG unter 2 AZR 470/15 erfolgte ein Vergleich. ⁹⁸ Vgl. BAG 26.3.2009 – 2 AZR 883/07, AP KSChG 1969 § 23 Nr. 45; 8.10.2009 – 2 AZR 654/08; 7.7.2011 – 2 AZR 12/10, NZA 2012, 148. ⁹⁹ Vgl. BAG 26.3.2009 – 2 AZR 883/07, DB 2009, 1409, Rn. 17; 8.10.2009 – 2 AZR 654/08, DB 2010, 230, Rn. 13; ebenso: LAG Bln-Bbg 16.11.2010 – 7 Sa 1354/10; LAG Hmb 11.5.2011 – 5 Sa 1/11, wonach auch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten und überobligatorische Mehrarbeit im ausländischen Betriebsanteil unberücksichtigt bleiben sollen; vgl. andererseits BAG 7.7.2011 – 2 AZR 12/10, NZA 2012, 148, wonach bei der Berechnung der Wartezeit gem. § 1 Abs. 1 auch Zeiten in einem ausländischen Arbeitsstatut mitzählen. ¹⁰⁰ Vgl. BAG 26.3.2009 – 2 AZR 883/07, Ls. 2; auch schon tendenziell in BAG 17.1.2008 – 2 AZR 902/06, EzA § 23 KSChG Nr. 31. ¹⁰¹ Vgl. BAG 26.3.2009 – 2 AZR 883/07, DB 2009, 1409; 8.10.2009 – 2 AZR 654/08, DB 2010, 230; 7.7.2011 – 2 AZR 12/10, NZA 2012, 148. ¹⁰² ABl. 2008 L 177, 6, ber. 2009 L 309, 87. ¹⁰³ Vgl. so zutreffend: DDZ/Deinert § 23 Rn. 29 mit dem Beispiel, „dass alle Arbeitnehmer bei VW in Wolfsburg keinen Kündigungsschutz genießen werden, sofern sich nur einer darunter findet, dessen Arbeitsvertrag nicht deutschem Recht unterliegt.“ ¹⁰⁴ So sinngemäß BAG 26.3.2009 – 2 AZR 883/07, DB 2009, 1409, Rn. 17; ebenso noch KR/Weigand § 23 Rn. 19, 11. Aufl. 2016. ¹⁰⁵ Vgl. DDZ/Deinert/Callsen § 23 Rn. 29.

begrenzte Übernahmepflicht für den AG vor, so kommt Nr. 2 nicht zur Anwendung, denn dann handelt es sich um einen Befristungsgrund außerhalb der Nr. 1 bis 8.

Im Einzelnen sind die Voraussetzungen der Vorschrift in vielen Punkten streitig, so dass sie aus diesem Grund keine große praktische Bedeutung erlangt hat.

Soll nach Nr. 2 ein vormaliger **Auszubildender** befristet angestellt werden, muss das befristete Arbeitsverh. spätestens am Tage nach der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses begründet werden. Wird der Ausgebildete auch nur einen Tag im Anschluss an das Ausbildungsverhältnis ohne Befristungsabrede weiterbeschäftigt, kommt nach § 24 BBiG ein unbefristetes Arbeitsverh. zustande. Daneben ist § 12 Abs. 1 BBiG zu beachten.

Was eine **Ausbildung** iSv Nr. 2 ist, ergibt sich aus §§ 10, 26 BBiG; hinzu kommen die öffentlich-rechtlich ausgestalteten Ausbildungsverhältnisse (zB Krankenpflege), nicht aber innerbetriebliche Fortbildungen oder Umschulungen.⁷¹ Nr. 2 setzt nicht voraus, dass die Berufsausbildung bei demselben AG stattfand.

Ein **Studium** ist ein geordneter Ausbildungsgang an einer nach dem Hochschulrecht anerkannten Einrichtung, die einen staatlich anerkannten Abschluss vermittelt. Es ist nicht erforderlich, dass das Studium im Geltungsbereich des HRG absolviert wurde.⁷² Auch auf einen Abschluss des Studiums kommt es nach dem Wortlaut und dem Zweck der Vorschrift nicht an.

Das befristete Arbeitsverh. muss im **Anschluss** an Studium oder Ausbildung begründet werden. Deshalb schließt ein zwischenzeitliches Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis eine Befristung nach Nr. 2 regelmäßig aus,⁷³ selbst dann, wenn es mit demselben AG bestand. Daher ist auch eine Verlängerung eines nach Nr. 2 befristeten Arbeitsverh. nicht möglich. Eine Ausnahme ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu machen, wenn es sich bei der Zwischenbeschäftigung nur um Gelegenheitsjobs ohne Bezug zu der eigentlichen, erlernten beruflichen Tätigkeit handelt. Es ist nicht erforderlich, dass sich das Arbeitsverh. zeitlich unmittelbar an Ausbildung/Studium anschließt, andernfalls würde gerade Langzeitarbeitslosen diese Chance für einen Berufsstart genommen. Welche Zeitspanne zwischen Ende oder Abbruch der Ausbildung/Studium und dem Beginn des Übergangsarbeitsverhältnisses höchstens bestehen darf, ist umstritten; eine feste Frist ist nicht sinnvoll. Solange der Zweck der Regelung, einen Übergang zu ermöglichen, noch eingehalten ist, sind auch längere Zeiten der Arbeitslosigkeit oder berufsfremder Beschäftigungen kein Hindernis für eine Befristung nach Nr. 2. 35

Das weitere Merkmal „**Erleichterung der Anschlussbeschäftigung**“ wird im Hinblick auf den Gesetzeszweck und die tariflichen Vorbildregelungen großzügig ausgelegt. Die **Aussicht auf Anschlussbeschäftigung** muss noch nicht konkret bestehen. Es ist auch gleichgültig, mit welchem AG sie zustande kommen könnte. Die Übergangsbefristung muss auch nicht tragender Grund für die Befristung gewesen sein, da ansonsten bereits der Befristungsgrund der Nr. 6 (sozialer Überbrückungszweck) vorliegen würde. Eine zeitliche Höchstdauer für diese Befristung gibt es deswegen nicht; sie ist vielmehr aus der persönlichen Qualifikation, der Art der Tätigkeit und der Arbeitsmarktlage heraus zu beurteilen. Bei einer anspruchsvollen Ingenieurstätigkeit und problematischer Arbeitsmarktlage kann die Dauer mehrere Jahre betragen.⁷⁴ Bei einer gesuchten Facharbeitertätigkeit können sechs Monate ausreichend sein. Die Frist von zwei Jahren aus Abs. 2 kann nicht als Höchstgrenze herangezogen werden,⁷⁵ denn mit dieser Frist kann der AG nach § 14 Abs. 2 in den meisten Fällen bereits eine sachgrundlose befristete Einstellung vornehmen und Nr. 2 wäre dann weitgehend bedeutungslos.

c) **Nr. 3: Vertretungsfälle.** Eine in der Rspr seit langem als Sachgrund anerkannte Fallgruppe ist die Befristung zur Vertretung eines anderen AN.⁷⁶ Die inhaltliche Rechtfertigung als Befristungsgrund liegt darin, dass der vertretene AN weiterhin in einem Arbeitsverh. steht und in dem Moment, in dem er in dieses Arbeitsverh. zurückkehrt, der Beschäftigungsbedarf in Folge der Doppelbesetzung entfällt. Im Ergebnis soll diese Befristung dem AG die Beibehaltung der bisherigen Beschäftigtenzahl ermöglichen. 36

⁷¹ ErfK/Müller-Glöge § 14 Rn. 31; Arnold/Gräfl/Gräfl § 14 Rn. 79. ⁷² Dörner Befr. Arbeitsvertrag Rn. 239. ⁷³ BAG 10.10.2007 – 7 AZR 795/06, AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 5; 24.8.2011 – 7 AZR 368/10. ⁷⁴ ErfK/Müller-Glöge § 14 Rn. 33. ⁷⁵ Dörner Befr. Arbeitsvertrag Rn. 247; Arnold/Gräfl/Gräfl § 14 Rn. 85; aA Annuß/Thüsing/Maschmann Rn. 32; KR/Lipke § 14 Rn. 235. ⁷⁶ BAG 8.5.1985 – 7 AZR 191/84, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 97.

Beispiele: Krankheit, Beurlaubung, Fortbildung, Mutterschutz, Sonderurlaub, Beurlaubung aus familiären Gründen, EZ (Sonderregelung in § 21 BEEG), Freistellung im Rahmen der Betriebsverfassung oder Personalvertretung, vorübergehende Abordnung oder Versetzung in einen anderen Betrieb oder ins Ausland.

- 37 Entscheidend ist in all diesen Fällen, dass der AG aufgrund einer **Prognose** zu dem Ergebnis gelangen durfte, dass der vertretene AN seine Arbeit wieder aufnehmen wird. Erforderlich ist immer, dass durch den zeitweiligen Ausfall eines Mitarbeiters ein **vorübergehender Beschäftigungsbedarf** entstanden ist und die befristete Einstellung wegen dieses zusätzlichen Bedarfes erfolgt.

Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, kann der AG in Fällen der **Krankheitsvertretung** davon ausgehen, dass die zu vertretende Stammkraft zurückkehren wird.⁷⁷ Der AG muss zur Rechtfertigung der Befristung grundsätzlich **keine Erkundigungen über die gesundheitliche Entwicklung** des erkrankten AN einholen. Das gilt auch bei mehrfach verlängerter AU. Auch muss sich die erforderliche Prognose des AG nur auf den Wegfall des Vertretungsbedarfes durch die zu erwartende Rückkehr des vertretenen Mitarbeiters, nicht aber auf den Zeitpunkt dieser Rückkehr und damit nicht auf die Dauer des Vertretungsbedarfes erstrecken. Die Prognose muss sich auch nicht darauf beziehen, ob die zu vertretende Stammkraft ihre Arbeit in vollem Umfang wieder aufnehmen wird.⁷⁸ Eine wiederholte, jeweils befristete Beurlaubung des zu vertretenden Mitarbeiters kann der Prognose zum Wegfall des durch diese Beurlaubung verursachten Vertretungsbedarfes nur dann entgegenstehen, wenn sich erhebliche Zweifel daran aufdrängen müssen, ob dieser Mitarbeiter seine Tätigkeit überhaupt wieder aufnehmen wird.

Dabei ist die Formulierung „zur Vertretung eines anderen Mitarbeiters“ nicht wörtlich zu nehmen; zwei häftige Teilzeitkräfte können auch durch eine Vollzeitkraft vertreten werden⁷⁹ oder umgekehrt. Der Befristungsgrund liegt auch vor, wenn ein vollzeitbeschäftigter AN vorübergehend seine AZ reduziert und deshalb „teilweise“ vertreten werden muss. Auch muss der Vertretene nicht zwingend ein AN, sondern kann auch Beamter oder freier Mitarbeiter sein.⁸⁰

- 38 Dem sachlichen Befristungsgrund der Vertretung steht nicht entgegen, dass der Vertreter nicht die Aufgaben des zu vertretenden Mitarbeiters übernimmt – sogenannte mittelbare Vertretung. Der Sachgrund der Vertretung setzt voraus, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit der zu vertretenden Stammkraft beruht. Werden dem befristet beschäftigten AN ohne tatsächliche Umverteilung der Arbeitsaufgaben Tätigkeiten übertragen, die der vertretene Mitarbeiter bislang nicht ausgeübt hat, ist der erforderliche Kausalzusammenhang nur gegeben, wenn der AG rechtlich und tatsächlich in der Lage wäre, dem Vertretenen die Aufgaben des Vertreters zuzuweisen – dh selbe Vergütungsgruppe,⁸¹ gleichwertige Tätigkeit⁸² – und der Vertretene zur Übernahme der Tätigkeit fachlich in der Lage wäre.⁸³ Außerdem muss der AG bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten – zB durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag – erkennbar gedanklich zuordnen.

Im Rechtsstreit über die Wirksamkeit der Befristung hat der AG dieses Konzept nachvollziehbar darzulegen.⁸⁴ Diese Rspr ist nach bestr. Auffassung des BAG mit dem Unionsrecht vereinbar.⁸⁵

Hinweis: Falls der AN nicht mit den Aufgaben des Vertretenen beschäftigt wird, sollte im Befristungsrechtsstreit gerügt werden, dass ein nachvollziehbarer Vertretungsfall nicht vorliegt, um die Darlegungs- und Beweislast des AG für sein Vertretungskonzept auszulösen. Der BR kann darüber hinaus durch sein Informationsrecht über die Personalplanung wertvolle Hinweise zur Kontrolle des Vertretungskonzeptes geben.

⁷⁷ BAG 21.2.2001 – 7 AZR 200/00, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 226; 29.4.2015 – 7 AZR 310/13, NZA 2015, 928. ⁷⁸ BAG 6.12.2000 – 7 AZR 262/99, NZA 2001, 721. ⁷⁹ Hunold, Aktuelle Fragen des Befristungsrechts unter Berücksichtigung von §§ 14, 16 TzBfG, NZA 2002, 255 (256); APS/Backhaus § 14 Rn. 335. ⁸⁰ Arnold/Gräfl/Gräfl § 14 Rn. 87; ErfK/Müller-Glöge § 14 Rn. 39. ⁸¹ BAG 20.1.2010 – 7 AZR 542/08, AP TzBfG § 14 Nr. 68. ⁸² BAG 12.1.2011 – 7 AZR 194/09, NZA 2011, 507. ⁸³ BAG 14.4.2010 – 7 AZR 121/09, NZA 2010, 942. ⁸⁴ BAG 24.1.2001 – 7 AZR 208/99, EzA § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag Nr. 173; 15.2.2006 – 7 AZR 232/05, NZA 2006, 781. ⁸⁵ BAG 20.1.2010 – 7 AZR 542/08, AP TzBfG § 14 Nr. 68 mwN auf kritisches Schrifttum.

Die **Überbrückung einer vakanten Stelle** bis zur Einstellung eines „geeigneteren“ AN ist grundsätzlich kein sachlicher Grund für eine befristete Einstellung. Nach Auffassung des BAG handelt es sich dabei nicht um einen Sachgrund nach Nr. 3, sondern um einen sonstigen Sachgrund nach S. 2 (→ Rn. 71). Die beabsichtigte Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Auszubildenden nach Abschluss der Ausbildung kann ein sonstiger Sachgrund sein.⁸⁶ 39

Eine spezialgesetzliche Regelung stellt § 21 BEEG dar; auch er regelt einen Fall der Befristung zur Vertretung. Der Unterschied zu Nr. 3 besteht allein darin, dass nach § 21 BEEG die Befristung auch für die Zeit einer notwendigen Einarbeitung vorgenommen werden kann. Diese Möglichkeit besteht aber auch im Rahmen des allgemeinen Sachgrunds der Vertretung nach Nr. 3.⁸⁷

Gerade bei der Vertretungsbefristung besteht sowohl die Möglichkeit einer Zeit- wie einer Zweckbefristung. Dabei ist bei der **Zweckbefristung** sorgfältig auf die Formulierung zu achten. Vereinbart der AG mit dem AN, dass das Arbeitsverh. mit der Wiederaufnahme der Arbeit des erkrankten Mitarbeiters enden soll, so liegt hierin nach der Rspr des BAG in aller Regel nicht zugleich die Vereinbarung, dass das Arbeitsverh. auch dann enden soll, wenn der vertretene Mitarbeiter aus dem Arbeitsverh. ausscheidet.⁸⁸ Ist vereinbart, dass „das Arbeitsverh. nach Wiederaufnahme der Arbeit durch den erkrankten Herrn Müller enden soll“, so kann diese Vereinbarung zu **unbestimmt** sein, wenn es in einem Großbetrieb mehrere AN namens Müller gibt, von denen auch mehrere erkrankt sind, somit für eine Vertretung infrage kommen, und auch eine Auslegung der Klausel zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. 40

Das **endgültige Ausscheiden** des Vertretenen aus dem Arbeitsverh. ist regelmäßig kein Befristungsgrund, denn gerade dann fällt die Beschäftigungsmöglichkeit nicht weg.⁸⁹ Lautet die Formulierung im Arbeitsvertrag

► „Das Arbeitsverhältnis wird zur Vertretung des Arbeitnehmers Fritz Müller geschlossen. Es endet, wenn Herr Müller die Arbeit wieder aufnimmt oder endgültig nicht wieder aufnimmt.“ ◀

so sind darin zwei Zweckbefristungen enthalten: Die erste betrifft den Fall, dass der AN die Arbeit wieder aufnimmt – diese ist regelmäßig zulässig. Die zweite soll das Arbeitsverh. beenden, falls der AN dauerhaft ausscheidet. Diese ist regelmäßig nicht von einem Sachgrund gedeckt.

Neuerdings legt das BAG aber die Vereinbarung „Das Arbeitsverh. ist befristet für die Dauer der Erkrankung von ...“ dahin aus, dass es sich um eine auflösende Bedingung bezogen auf das Ende der Erkrankung des Vertretenen handle und bei Tod des Vertretenen dann die auflösende Bedingung eintritt, wohl in der Annahme, dass wer tot ist, nicht länger krank sein kann,⁹⁰ und dann das Arbeitsverh. des Vertreters beendet ist – obwohl der Beschäftigungsbedarf weiter besteht. Damit wälzt das BAG das Risiko der Nichtrückkehr des Vertretenen entgegen seiner früheren Rspr auf den AN ab. Es nimmt auch unkritisch an, dass hier ein Sachgrund für die auflösende Bedingung vorliegt, obwohl bei Tod (oder Verrentung) des vertretenen AN für den Vertreter die Beschäftigungsmöglichkeit nicht wegfällt.

Wird die Vertretungstätigkeit des Mitarbeiters zu einer **Dauervertretung**, kann die Befristung 41 trotz Vorliegens eines Sachgrundes unwirksam sein, wenn das Instrument der Befristung zur Vertretung rechtsmissbräuchlich genutzt wird.

Beispiel: In einem größeren Unternehmen wird der AN X zusammenhängend mehrfach als Url.-Vertretung für die angelernten Mitarbeiter in der Produktion eingesetzt. Da hier immer jemand in Url. ist, wird er auf Jahre befristet beschäftigt.

Ein AN wird über Jahre hinweg mit befristeten Arbeitsverträgen zur Vertretung von AN in EZ oder Beurlaubung aus familiären Gründen beschäftigt.

Zu beachten ist, dass es dem AG im Rahmen seiner Organisationsbefugnis grundsätzlich freisteht, ob er Stellen zur Dauervertretung unbefristet einrichtet oder jeweils eine neue Vertretungsstelle befristet schafft. Weder der Umstand, dass bei Ablauf eines mit Vertretung begründeten befristeten Arbeitsvertrags weiterer Vertretungsbedarf besteht, noch, dass mit einem AN nacheinander mehrere mit Vertretung begründete Arbeitsverträge abgeschlossen werden, noch, dass zur Zeit des Abschlusses eines dieser Arbeitsverträge vorhersehbar ist,

⁸⁶ BAG 18.3.2015 – 7 AZR 115/13, NZA-RR 2015, 569. ⁸⁷ ErfK/Müller-Glöge § 14 Rn. 36. ⁸⁸ BAG 26.6.1996 – 7 AZR 674/95, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 23. ⁸⁹ BAG 24.9.1997 – 7 AZR 669/96, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 192. ⁹⁰ BAG 29.6.2011 – 7 AZR 6/10, NZA 2011, 1346.