

**Tagungsbericht der 7. Ortstagung Stuttgart
am 17. Oktober 2012 des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V.**

**Aktuelle Baustellen des Befristungsrechts und ihre judizielle Bewältigung zwischen
EuGH und BAG**

Referenten:

Prof. Dr. Hermann Reichold, Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Carsten Schuld, Justiziar DGB-Rechtsschutz GmbH

Rechtsanwalt Thomas Class, Südwestmetall

Zunächst begrüßte Herr *Dr. Eberhard Natter*, Präsident des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg, die rund 160 Teilnehmer der 7. Ortstagung und gab einen kurzen Überblick über die aktuelle Geschäftslage der Arbeitsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg. Nach hohen Eingangszahlen, insbesondere im Jahr 2009, gingen diese in den Folgejahren leicht zurück und auch im Jahr 2012 war, bezogen auf die I. Instanz, eine Stagnation festzustellen. Erfreulicherweise können von 16 erstinstanzlichen Richter-Stellen, die mit einem KW-Vermerk versehen waren, nun 7,5 Stellen in Planstellen umgewandelt werden.

Nach kurzer Einführung in das Thema der Tagung durch Herrn *Dr. Natter* erfolgte sodann das Hauptreferat von Herrn *Prof. Dr. Reichold*.

Hauptreferat

Prof. Dr. Reichold stellte zunächst fest, dass das Befristungsrecht aktuell viel diskutiert werde; dies vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des EuGH vom 26.01.2012 in der Sache „Kücük“ sowie in Bezug auf die Entscheidungen des 7. Senats des BAG vom 06.04. und 21.09.2011 zum Vorbeschäftigungsverbot.

Die empirische Bedeutung des Themas werde daraus ersichtlich, dass 2010 knapp 12 % aller Beschäftigten in einem zeitlich befristeten Arbeitsverhältnis gestanden seien, wobei jüngere Arbeitnehmer überdurchschnittlich häufig, nämlich in Höhe von knapp 52 % von Befristungen betroffen gewesen seien. Allerdings werde auch rund jeder zweite zunächst befristet Beschäftigte, tatsächlich später unbefristet übernommen.

1. Kücük und die Folgen für die Sachgrundbefristung

Reichold berichtete, Frau Kücük sei elf Jahre beim Amtsgericht Köln aufgrund von 13 Arbeitsverträgen beschäftigt gewesen. Nachdem eine weitere Beschäftigung durch das Land Nordrhein-Westfalen abgelehnt worden sei, habe Frau Kücük geklagt und habe nach Anrufung des EuGH vor dem BAG am 18.07.2012 Recht bekommen. Obwohl der Rechtsstreit noch an das LAG Köln zur endgültigen Entscheidung zurückverwiesen worden

sei, habe das Land schnell reagiert und habe den Arbeitsvertrag mit Frau Kücük als seit 01.01.2008 unbefristet laufenden Arbeitsvertrag anerkannt.

Grundlage der Entscheidung des EuGH vom 26.01.2012 (Rs. C-586/10) sei die Rahmenvereinbarung zur Richtlinie 1999/70/EG, die im Jahr 2000 im Wege des neuen Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) in Deutschland umgesetzt worden sei. Aus den allgemeinen Erwägungen der Rahmenvereinbarung gehe unter anderem hervor, dass unbefristete Arbeitsverträge die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses darstellten, dass die aus objektiven Gründen erfolgende Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverträge helfe, Missbrauch zu vermeiden und dass befristete Arbeitsverträge für die Beschäftigung in bestimmten Branchen, Berufen und Tätigkeiten charakteristisch seien und den Bedürfnissen der Arbeitgeber entsprächen.

Bei der Umsetzung der Richtlinie habe die damalige Bundesregierung das Ziel verfolgt, die Teilzeit zu fördern, die Befristung aber strenger zu regeln. Dies habe sich im TzBfG unter anderem in der „bereits zuvor“-Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 niedergeschlagen, wonach eine sachgrundlose Befristung nur bei Neueinstellungen zulässig sein sollte. So habe die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/4374, Seite 14) unter der Überschrift „Einschränkung von Kettenverträgen“ wie folgt ausgeführt:

„Bei der nach neuem Recht nur einmaligen Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund wird der Arbeitgeber veranlasst, den Arbeitnehmer entweder unbefristet weiterzubeschäftigen oder bei weiter bestehendem nur vorübergehendem Arbeitskräftebedarf einen anderen Arbeitnehmer befristet einzustellen. Die Sachgrundbefristung im Anschluss an eine erleichterte Befristung bleibt zulässig.“

Nachdem der EuGH bereits im Jahr 2009 in der Rechtssache „Angelidaki“ (23.04.2009-Rs. C-378/07) ausgeführt habe, dass eine Regelung wie die griechische, die für den öffentlichen Sektor schlicht jede Kettenbefristung als „sachlich gerechtfertigt“ fingiert habe, auch wenn der Beschäftigungsbedarf ein ständiger und dauerhafter sei, nicht europarechtskonform sei, habe der EuGH in der Sache „Kücük“ dann betont, dass es zwar dem Arbeitgeber unbenommen bleibe, wiederholte oder gar dauerhafte Befristungen vorzunehmen, wenn diese jeweils sachlich begründet seien. Doch müssten bei der Sachgrundprüfung „die Behörden der Mitgliedsstaaten jedoch im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten alle Umstände des Falles, einschließlich der Zahl und der Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse berücksichtigen“. Hiervon ausgehend habe das BAG in seiner Entscheidung vom 18.07.2012 (7 AZR 443/09) entschieden, dass im Fall von Frau Kücük ein Rechtsmissbrauch zu bejahen sei.

Hinsichtlich der Konsequenz aus der „Kücük“-Entscheidung führte *Reichold* sodann aus, dass nicht von einer „Befristungsarithmetik“ ausgegangen werden dürfe, in dem Sinne, dass

ein bestimmtes Verhältnis von Befristungsanzahl zu Beschäftigungsdauer zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Befristung führe. Auch einer Lösung in Form einer abgestuften Darlegungslast in Abhängigkeit von der Dauer der Befristung erteilte *Reichold* eine Absage. Vielmehr sei eine wertungsgeleitete Jurisprudenz gefragt, welche sich nicht statisch an die Dauer der Befristung klammere, sondern sich an einer zweistufigen Prüfung orientieren solle. Hierbei sei auf der ersten Stufe zu prüfen, ob objektiv tatsächlich ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung des befristet Beschäftigten bestehe. Sodann sei in einer zweiten Stufe zu prüfen, ob nach Zahl und Dauer der Befristungen von einem Missbrauch im Sinne von § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung auszugehen sei. Die erste Stufe betreffe mithin das „Ob“ der Befristung, wobei auch berücksichtigt werden müsse, dass ein vorübergehender Bedarf nicht mehr anzunehmen sei, wenn der Ist-Personalstand dauerhaft unter dem Soll-Personalstand bleibe. Dies dürfe allerdings nicht so weit gehen, dass dem Arbeitgeber vorgeschrieben werde, eine dauerhafte Personalreserve (Dauerspringer) vorhalten zu müssen. In der zweiten Stufe gehe es sodann um das „Wie“ der Befristung, also insbesondere um das Verhältnis von Vertragsdauer und Vertretungsdauer.

Abschließend wies *Reichold* auf die Bedeutung der Entscheidungen „Kücük“ und „Angelidaki“ für Haushaltsbefristungen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG hin: Die hierin liegende Privilegierung der öffentlichen Hand sei fragwürdig und begründe eine Missbrauchsgefahr.

2. Vorbeschäftigungsverbot nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG

Reichold setzte sich sodann kritisch mit den Entscheidungen des 7. Senats vom 06.04. und 21.09.2011 auseinander, mit denen die bis dato geltende Auslegung gekippt worden sei: Bisher habe „bereits zuvor“ gemeint, dass „jemals zuvor“ ein Arbeitsverhältnis nicht bestanden haben dürfe, also lediglich die erste jemals abgeschlossene Befristungsvereinbarung zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien sachgrundlos, alle folgenden jedoch nur mit Sachgrund abzuschließen seien.

Nunmehr habe das BAG diesen Zeitraum auf die drei zuvor liegenden Jahre begrenzt, was eine Grenzüberschreitung des Gerichts darstelle, welches hierdurch neues Recht ohne ausreichende Legitimation geschaffen habe. Das vom BAG im Wege der Auslegung gefundene Ergebnis widerspreche der klaren Absicht des historischen Gesetzgebers aus dem Jahr 2000, der von der nur einmaligen Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund ausgegangen sei.

Auch sei die Auffassung des 7. Senats, dass das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG normierte Vorbeschäftigungsverbot im Sinne einer „je zuvor“-Beschäftigung verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen würde, nicht zu befürworten: Eine unverhältnismäßige Einschränkung von Art. 12 GG sei bereits deshalb nicht gegeben, weil einer sachgrundlosen Befristung grundsätzlich weitere Sachgrundbefristungen nachfolgen könnten. Zudem sei dem Problem, dass eine Vorbeschäftigung zum Einstellungshindernis werden könne, mit einer teleologischen Reduktion des grundsätzlich verfassungskonformen § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG

zu begegnen: Wer drei Monate als studentische Hilfskraft an der Universität gearbeitet habe, der solle sich Jahre später als befristet angestellte Lehrerin nach Sinn und Zweck der Regelung in einer anderen Position bei einer völlig anderen Dienststelle nicht auf das Anschlussverbot berufen dürfen. Die Rechtsprechung des 7. Senats stelle mithin eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem dar.

3. Weitere Baustellen im Befristungsrecht

Reichold umriss hier die Probleme im Zusammenhang mit dem Schriftformerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG. Hierbei verhalte sich das BAG im Bereich der Erstreckung der Schriftform auf den Sachgrund fragwürdig liberal, indem es sachgrundlose Befristungen auch dann anerkenne, wenn der Sachgrund im Arbeitsvertrag angegeben sei. Demgegenüber stünde ein übertriebener Rigorismus beim Schriftformgebot, wenn eine mündliche Befristungsabrede vor Beginn der Arbeitsaufnahme nicht anerkannt werde, was dazu führe, dass die spätere schriftliche Niederlegung des Vertrags zu einer nachträglichen Befristung führe, die gegen das Vorbeschäftigungsverbot verstoße.

Ein weiteres Problem sei der Missbrauch der sachgrundlosen Befristung im Konzern, wo bestimmte Daueraufgaben allein durch ein bloßes Hin- und Herwechseln der Arbeitgeberschaft der sachgrundlosen Befristung unterfielen; dies unter deutlicher Überschreitung des Höchstrahmens von zwei Jahren.

4. Fazit

Reichold schloss mit der Forderung an den Gesetzgeber, als unpraktikabel oder nicht europarechtskonform erkannte Normen alsbald zu verändern und für alle transparent im Gesetzblatt zu verkünden. Derzeit sei zunehmend festzustellen, dass infolge der Passivität des Gesetzgebers die Rechtsprechung dazu übergehe, neue Regeln auch da zu setzen, wo sich diese hinreichend klar aus dem geltenden Gesetz ergäben. Dies sei nicht im Sinne eines funktionierenden Rechtsstaats, der von einer ausgewogenen Balance zwischen Legislative und Judikative lebe.

1. Co-Referat

Auch *Schuld* begann sein Referat zunächst mit der Vorstellung der einschlägigen Statistik. Insgesamt 2,7 Mio. Arbeitnehmer seien derzeit befristet beschäftigt. Dies entspreche 8,9 % der Beschäftigungsverhältnisse. Es sei diesbezüglich ein leichtes, aber stetiges Ansteigen zu beobachten, wobei Frauen und jüngere Arbeitnehmer stärker von Befristungen betroffen seien. Der Anteil von Befristungen mit und ohne Sachgrund sei ungefähr gleich.

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen mit jungen Arbeitnehmern sei besonders kritisch zu sehen, da diese hierdurch in ihren Entwicklungsmöglichkeiten sowohl in Bezug auf Familiengründung als auch berufliche Weiterbildung beschränkt würden. Dies liege auch daran, dass befristet Beschäftigte zudem weniger betriebliche Qualifizierungsmaßnahmen

erhalten würden als unbefristet Beschäftigte. Auch von gewerkschaftlicher Seite setze man Hoffnung auf den sogenannten „Klebeeffekt“, nämlich die später erfolgende unbefristete Übernahme eines zunächst befristet beschäftigten Arbeitnehmers. Demgegenüber sei jedoch zu sehen, dass nach einem Jahr 10 % bis 15 % der zunächst befristet eingestellten Arbeitnehmer ohne Arbeit sei, während dies in der Gruppe der unbefristet Beschäftigten nur 5 % betreffe. Erst nach Ablauf von drei Jahren sei die Beschäftigungssicherheit in etwa gleich hoch. Auffällig sei die geringe Relevanz der Befristungen im Rahmen der von der DGB Rechtsschutz GmbH geführten Rechtsstreitigkeiten: Von 63.000 Verfahren habe nur 1,9 % einen Zusammenhang mit Befristungen aufgewiesen, während 32 % Kündigungsschutzklagen und 48,6 % Entgeltklagen seien. Dies liege möglicherweise an einer geringeren gewerkschaftlichen Organisation befristet Beschäftigter sowie daran, dass diese befürchten würden, im Falle einer arbeitsgerichtlichen Klage nicht erneut eingestellt zu werden.

Aus Sicht der Gewerkschaften seien folgende Forderungen an den Gesetzgeber zu stellen:

- § 18 TzBfG, der den Arbeitgeber verpflichte, die befristet beschäftigten Arbeitnehmer über entsprechende unbefristete Arbeitsplätze im Betrieb zu informieren, solle durch einen einklagbaren Anspruch auf tatsächliche Besetzung der Stelle durch einen bisher befristet beschäftigten Arbeitnehmer des Betriebs ergänzt werden. Das Schriftformerfordernis von § 14 Abs. 4 TzBfG müsse auf den Sachgrund erstreckt werden. Die Entscheidung in der Sache Kücük werde insoweit als Bestätigung dieser Forderung angesehen.
- Sonderregelungen für Existenzgründer müssten ebenso in Wegfall geraten, wie der Sachgrund der Haushaltsbefristung; der öffentliche Dienst sollte sich nicht auf Sonderregeln berufen können, sondern seiner Vorbildfunktion für die Privatwirtschaft entsprechend mit dieser gleichbehandelt werden.
- Die sachgrundlose Befristung solle auf lange Sicht ebenfalls abgeschafft werden.

Schuld schloss sich sodann der Kritik von *Reichold* an der Rechtsprechung des 7. Senats zur „zuvor“-Beschäftigung an und begrüßte die in der Entscheidung Kücük aus seiner Sicht geforderte höhere Darlegungslast für den Arbeitgeber im Hinblick auf die Sachgrundbefristung.

Er schloss mit einem Appell an die Betriebsräte: Bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers könnten diese das Verhältnis von Ist-Personalbestand und Soll-Personalbestand als Indiz dafür heranziehen, ob einer befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers zuzustimmen sei.

2. Co-Referat

Class hob zunächst die Bedeutung der Befristung als notwendiges Flexibilisierungsmittel, insbesondere bei Konjunkturschwankungen hervor. Statistisch seien in den letzten Jahren

keine signifikanten Veränderungen zu verzeichnen gewesen: So liege der Anteil der Befristungen an allen Beschäftigungsverhältnissen seit Jahren stabil unter der 10 %-Marke. Im Bereich der Metall- und Elektroindustrie würden deutlich weniger befristet Beschäftigte verzeichnet, nämlich nur 3,2 % im Jahr 2010. Der Anteil von Befristungen bei Neueinstellungen liege seit 2004 konstant zwischen 43 % und 47 %; die am häufigsten betroffenen Berufsgruppen seien Akademiker, Hilfsarbeitskräfte und Fachkräfte in Landwirtschaft und Fischerei. Die Möglichkeit der Befristung verdränge auch nicht die Stammbeschäftigung, was sich aus der derzeit großen Länge der Verweildauer beim selben Arbeitgeber ergebe.

Die Befristung stelle nach wie vor die Brücke zur Daueranstellung dar: So sei zwischen 2005 und 2011 die Übernahmequote von 39 % auf 56 % angestiegen. In der Metall- und Elektroindustrie seien selbst in Krisenzeiten 84 % der zunächst befristet Beschäftigten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden. In der Industrie kämen zudem zulässige Kettenbefristungen kaum vor und Sachgrundbefristungen würden vor allem bei Wiedereinstellungen genutzt. Dabei sei der in der Praxis am häufigsten vorkommende Sachgrund der des Vertretungsbedarfs.

Die Motivation der Industriearbeitgeber zur befristeten Einstellung läge vor allem in der Erprobung der Arbeitnehmer bei Neueinstellung. Sie ermögliche eine deutlich längere Erprobung und sei damit die bessere Alternative im Vergleich zu einer Kündigung in der Wartezeit. Befristungen seien ferner interessant als flexibler Puffer für Konjunkturschwankungen. Infolge des hohen Kündigungsschutzniveaus blieben Befristungen auch zukünftig interessant; würde man die Möglichkeit der Befristung einschränken, hätte dies nicht ein Ansteigen unbefristeter Arbeitsverträge zur Folge, sondern würde die Schaffung alternativer Flexibilitätspuffer wie Zeitarbeit oder Ausweichen auf Industriedienstleistungen fördern.

Sodann widmete sich *Class* dem Zusammenspiel tariflicher Regelungen im Rahmen des Befristungsrechts am Beispiel der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg.

Zunächst thematisierte er die Übernahme Ausgebildeter: Während die frühere tarifliche Regelung einen Anspruch auf befristete Übernahme für zwölf Monate vorsah, sei die IG Metall in der Tarifrunde 2012 mit der Forderung nach unbefristeter Übernahme der Ausgebildeten aufgetreten. Obwohl dies aus Sicht der Arbeitgeberseite kaum begründbar gewesen sei, da auch in der Vergangenheit ca. 90 % der Ausgebildeten letztlich in ein unbefristetes Anstellungsverhältnis übernommen worden seien, habe man nun einen Kompromiss dahingehend gefunden, dass man sich grundsätzlich zur unbefristeten Übernahme bekenne, aber weiterhin Abweichungsmöglichkeiten unter bestimmten Voraussetzungen bestünden.

Tarifverträge würden ferner die Möglichkeiten sachgrundloser Befristungen in der Krise erweitern, indem § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG eine Öffnungsklausel für erweiternde tarifliche Regelungen vorsehe. Hiervon sei durch die Tarifvertragsparteien der Metall- und

Elektroindustrie in Baden-Württemberg in der Wirtschaftskrise 2008 Gebrauch gemacht worden, indem eine Maximaldauer von 48 Monaten bei maximal sechs Verlängerungen eingeführt worden sei.

Class schloss seine Ausführungen ebenfalls mit Forderungen an den Gesetzgeber: So solle das Ersteinstellungsgebot bei sachgrundlosen Befristungen gesetzlich klargestellt und verkürzt werden. Europarechtskonform sei eine dreimonatige Unterbrechung (EuGH, 12.06.2008 – C-364/07). Zudem wären erleichterte und erweiterte Befristungsmöglichkeiten für Arbeitslose sinnvoll. Einer Abschaffung der sachgrundlosen Befristung sei entgegenzutreten, da Befristungen als Flexibilisierungsinstrument unbedingt weiter erforderlich blieben.

Diskussion

Einleitend wurde von *Natter* dargelegt, dass die Zulässigkeit von Kettenbefristungen vorwiegend ein Problem des öffentlichen Dienstes sei. Er skizzierte beispielhaft einen in seiner Kammer entschiedenen Fall, bei dem ein Archäologe im Rahmen von 15 Arbeitsverträgen (mit zeitlichen Lücken) beschäftigt worden sei. In derartigen Fällen sei zukünftig erhöhtes Gewicht auf die Prüfung eines etwaigen Missbrauchs im Sinne der von *Reichold* vorgeschlagenen zweistufigen Prüfung zu legen.

Reichold wies sodann darauf hin, dass sowohl im öffentlichen Dienst als auch bei den Hochschulen großer Bedarf an Befristungen bestünde, wobei stets die Möglichkeit von Projektbefristungen zu überdenken sei. Er regte zudem bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Vorlage an den EuGH an.

Sodann wandten sich einige Teilnehmer der Tagung mit eigenen Ansichten und Fragen an die Referenten. So wies Herr *Petri* von der IG Metall darauf hin, dass die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg grundsätzlich vorsehen würden, dass ein Arbeitsverhältnis unbefristet abzuschließen sei sowie, dass Arbeitsplätze, die auf Dauer angelegt seien, auch unbefristet besetzt werden müssten. Die Befristung stelle also nach dem Willen der Tarifvertragsparteien grundsätzlich einen Ausnahmetatbestand dar. Ferner zog er einen Vergleich zwischen dem geltenden Schriftformerfordernis im Rahmen von tariflichen Ausschlussfristen und der Forderung der Gewerkschaft nach einem solchen auch in Bezug auf den Sachgrund für die Befristung. Während die Arbeitgeberseite von ersterem durchweg profitiere, indem sie nicht frist- und formgerecht erhobene Ansprüche der Arbeitnehmer mit Erfolg zurückweise, dürfe sie sich bei der Benennung des Sachgrundes in einem befristet geschlossenen Vertrag nicht auf den Standpunkt der Unpraktikabilität zurückziehen.

Thematisiert wurde weiterhin die Bedeutung des demographischen Wandels: Bereits jetzt sei in manchen Bereichen ein Fachkräftemangel zu verzeichnen, der dazu führe, dass mit den derart begehrten Arbeitskräften zunehmend unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen würden. Dieser Effekt werde in Zukunft durch den demographischen Wandel verstärkt.

Prognostisch wies *Reichold* darauf hin, dass für eine alternde Gesellschaft zunehmend die befristete Beschäftigung von Altersruheständlern interessant werden dürfte.

In seinem Schlusswort dankte *Natter* den Teilnehmern der Tagung und hob die Bedeutung des Austauschs zwischen Richtern, Praktikern und Lehre hervor.

.....

Anja Nägele-Berkner, Richterin am ArbG