

### **43. Ortstagung Köln am 30.06.2014**

Zur 43. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Köln des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands am 30.06.2014 im Camphausen-Saal der Industrie- und Handelskammer zu Köln konnte der Tagungsleiter, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts *Dr. Heinz-Jürgen Kalb*, rund 70 Teilnehmer begrüßen. Besonders herzlich hieß er den Referenten, Herrn *Prof. Dr. Stefan Greiner*, sowie die beiden Ehrenpräsidenten des Arbeitsgerichtsverbandes, Herrn *Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau* und Herrn *Dr. Udo Isenhardt*. willkommen. Sein ausdrücklicher Dank galt den Vertretern der Sozialpartner und der Kölner Fachanwaltschaft für Arbeitsrecht, ohne deren aktive Beteiligung die Ortstagung nicht denkbar sei.

In seiner kurzen Einleitung meinte *Kalb*, das Befristungsrecht komme nicht zur Ruhe. Es befinde sich vielmehr nach dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Kücük* vom 26.01.2012 in einer Phase grundlegender Neuorientierung. Aktuell gehe es vor allem darum, die Grenzen zulässiger Befristungen gegenüber missbräuchlicher Kettenbefristung auszuloten. Problematisch sei auch die Verknüpfung von sachgrundloser Befristung und Arbeitnehmerüberlassung. Verstärkt stelle sich auch die Frage nach der Reichweite des sog. Vorbeschäftigungsverbots. Probleme über Probleme also, die Anlass genug seien, das Befristungsthema noch einmal auf die Tagesordnung zu setzen. Mit Herrn *Prof. Dr. Stefan Greiner* habe man einen ausgezeichneten Sachkenner und Spross der „Kölner Schule“ des Arbeitsrechts gewinnen können.

In seinem Vortrag über „Das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse im Umbruch“ führte *Greiner* zunächst aus, dass das Befristungsrecht europarechtlich vorgeprägt sei und insoweit lediglich eine Untermaßkontrolle angezeigt sei. Trotz neuer Entwicklungen bleibe aber vieles unverändert, so die Fallgruppe der mittelbaren Vertretung einschließlich der „gedanklichen Zuordnung“ (BAG 06.11.2013, NZA 2014, 430; 16.01.2013, NZA 2013, 611; 13.02.2013, AP Nr. 103 zu § 14 TzBfG), ferner der Verlängerungsbegriff des § 14 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 TzBfG (BAG 04.12.2013, ZTR 2014, 290), die nicht erforderliche Angabe eines Befristungsgrundes im Arbeitsvertrag (BAG 13.02.2013, NZA 2013, 777) sowie die Grundsätze der Haushaltsmittelbefristung (BAG 13.02.2013, NZA 2013, 777). Neu sei allerdings eine

gesetzliche Regelung in § 41 S. 3 SGB VI, die eine unbegrenzte Befristungsmöglichkeit über die gesetzliche Altersgrenze hinaus vorsehe. Dies hielt *Greiner* für europarechtswidrig.

Als ersten Problemkomplex behandelte der Referent dann die Aufgabe des „lebenslangen“ Vorbeschäftigungsverbots in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG durch das BAG mit Urteil vom 06.04.2011 (NZA 2011, 905). Dabei stellte er die Frage nach der Auslegungsfähigkeit der gesetzlichen Vorschrift und einer etwaigen Kompetenzüberschreitung des Gerichts. Freilich müsse man auch das Dilemma der Fachgerichte mit dem Zwang zur verfassungskonformen Auslegung statt der Vorlage nach Karlsruhe sehen. Eine Rechtfertigung für den jetzt eingeführten Referenzzeitraum von 3 Jahren könne man auch aus einem unionsrechtlichen Übermaßverbot der Art. 15 Abs. 1, 16 Grundrechtecharta ableiten. *Greiner* verwies in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des EuGH vom 18.07.2013 – *Alemo-Herron* (NZA 2013, 835).

Im Mittelpunkt des Vortrags stand die Rechtsmissbrauchskontrolle bei Kettenbefristung. Der Referent legte dar, dass es nach der *Kücük*-Entscheidung des EuGH auf die Auswertung aller Umstände des Einzelfalles einschließlich der Zahl und der Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen Verträge ankomme. Mit der Folgeentscheidung des BAG vom 18.07.2012 (NJW 2013, 1254) sei für den etwa vorliegenden institutionellen Rechtsmissbrauch eine 3-stufige Typisierung vorgenommen worden: § 14 Abs. 2 TzBfG kennzeichne den eindeutig unbedenklichen Bereich. Bei mehrfacher, aber nicht besonders gravierender Überschreitung müsse der Arbeitnehmer weitere Missbrauchsindizien vortragen. Der Missbrauchsvorwurf sei schließlich indiziert bei besonders gravierender Überschreitung der Kriterien des § 14 Abs. 2 TzBfG. Nach Ansicht von *Greiner* ist dieses Vorgehen dogmatisch zweifelhaft, weil der Missbrauch eigentlich in die Sachgrundprüfung einbezogen werden müsse. Jedenfalls komme es beim institutionellen Missbrauch entscheidend auf die objektive Umgehung an, eine Umgehungsabsicht sei nicht erforderlich.

Der Referent befasste sich dann eingehend mit einem Problemfall der sachgrundlosen Befristung, nämlich der „Drehtür-Befristung“ mit

Arbeitnehmerüberlassung“ (BAG 15.05.2013, NZA 2013, 1214). Besonders problematisch sei hier die Rechtsfolge des Rechtsmissbrauchs, nämlich das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher oder mit dem früheren Vertragsarbeitgeber. Die Klägerin hatte letzteren verklagt und beim LAG Köln obsiegt (25.03.2011, LAGE § 14 TzBfG Nr. 63b), weil dieses eine wirksame Sanktion im Sinne eines *effet utile* für notwendig hielt. Demgegenüber kommt es nach Auffassung des BAG nur zu einer Entfristung, nicht aber zu einer Verlagerung der Vertragsbeziehung (kritisch dazu *Greiner*, NZA 2014, 284 ff.).

Als weiteren Problemfall der sachgrundlosen Befristung bezeichnete der Referent die „Drehtür-Befristung im Gemeinschaftsbetrieb“. Das Vorbeschäftigungsverbot sei bekanntlich allein auf den Vertragsarbeitgeber bezogen. Nach Ansicht des BAG (09.03.2011, NZA 2011, 1147) könne Rechtsmissbrauch nur angenommen werden, „wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber im bewussten und gewollten Zusammenwirken (...) aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge ausschließlich deshalb schließen, um auf diese Weise über die nach § 14 Abs. 2 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können.“ Hier werde also divergierend zur Küçük-Folgeentscheidung ein individueller Rechtsmissbrauch geprüft. Demgegenüber habe das LAG Köln mit Urteil vom 09.03.2012 (4 Sa 1184/11) zur Problemlösung einen funktionalen Arbeitgeberbegriff entwickelt: „Sind mehrere natürliche oder juristische Personen dauerhaft zur Führung eines gemeinsamen Betriebes oder einer gemeinsamen öffentlichen Einrichtung (hier: jobcenter) verbunden, so sind sie als derselbe Arbeitgeber im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG anzusehen.“ In der Revisionsentscheidung vom 19.03.2014 (DB 2014, 1322) sei das BAG aber bei seiner bisherigen Auffassung geblieben, dass konkrete Missbrauchsindizien geprüft werden müssten, die durch den Vortrag des Arbeitgebers entkräftet werden könnten, dass eine andere als ausschließlich rechtsmissbräuchliche Motivation vorgelegen habe. Das „*non liquet*“ treffe den Arbeitnehmer. In seiner abschließenden Bewertung verwies *Greiner* auf einen funktionalen Arbeitgeberbegriff auch beim EuGH (21.10.2010 – Albron Catering, NJW 2011, 439) und seine arbeitsplatzbezogene Befristungskontrolle im Fall Küçük. Zudem stehe die individuelle statt der institutionellen Missbrauchskontrolle im Widerspruch zur Küçük-Folgeentscheidung des BAG. Man könne überlegen, von der Möglichkeit eines

Vorabentscheidungsersuchens Gebrauch zu machen, die auch nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht bestehe (EuGH 16.12.2008, NZG 2009, 61. Rn. 93 f.).

Nach dem mit viel Beifall aufgenommenen Vortrag entwickelte sich eine außergewöhnlich intensive Diskussion zu einzelnen Aspekten der Missbrauchsprüfung, insbesondere zu Fragen der Darlegungs- und Beweislast. Angesichts konkreter Fälle aus der inzwischen vorliegenden Instanzrechtsprechung wurde eine erhebliche Rechtsunsicherheit beklagt, weil die Bewertungen einzelfallbezogen erheblich auseinandergingen. Auch die Verhinderung von Missbrauchsmöglichkeiten bei der sachgrundlosen Befristung wurde im Anschluss an die kritische Bestandsaufnahme des Referenten weiter erörtert.

Die Veranstaltung endete mit einem besonderen Dank an Greiner für sein vorzügliches Referat und einem Dank an die Teilnehmer für die zahlreichen Diskussionsbeiträge und ihre Aufmerksamkeit. Der Gedankenaustausch wurde wie üblich bei einem Kölsch in geselliger Runde fortgesetzt.

*Dr. Heinz-Jürgen Kalb*, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Köln