

Befristete Beschäftigungsformen im deutschen Recht – arbeitsrechtliche Vorschriften im Spannungsfeld von Marktanforderungen und Bestandsschutz

I. Einführung

Ende des Jahres 2002 hat der Gesetzgeber das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“¹ verabschiedet, dessen Konzeption auf Vorschläge einer unter Leitung des Personalvorstandes des VW-Konzerns, Peter Hartz, stehenden Kommission zurückgeht und deshalb auch als Hartz I bezeichnet wird. Darin enthalten sind eine Reihe von Vorschriften, mit deren Hilfe die Beschäftigung der von Arbeitslosigkeit besonderen betroffenen älteren Arbeitnehmer gefördert werden soll.² Unter anderem wird die Altersgrenze gesenkt, ab der mit Arbeitnehmern ein befristeter Arbeitsvertrag ohne sachliche Gründe abgeschlossen werden kann. Konkret gesprochen: Seit dem 1. Januar 2003 ist es möglich, mit einem Arbeitnehmer, der das 52. Lebensjahr vollendet hat, einen befristeten Arbeitsvertrag zu vereinbaren, der an keine Voraussetzungen gebunden ist. Die Regelung hat Zustimmung, aber auch viel Kritik erfahren, Kritik vor allem deshalb, weil damit die Möglichkeit geschaffen wurde, mit älteren Arbeitnehmern beliebig viele befristete Arbeitsverträge hintereinander abzuschließen, ohne dass eine zeitliche Höchstdauer beachtet werden muss. Im Extremfall wird damit die Möglichkeit geschaffen, den Arbeitsvertrag jeweils für einen Tag zu befristen. Teilweise – und bewusst provokativ – wird deshalb auch von einer sog. „Tagelöhnerregelung“ gesprochen.³

Allen Bedenken gegen eine Ausweitung von befristeten Arbeitsverträgen zum Trotz hat die Bundesregierung jüngst (18. Juni 2003) den Entwurf eines „Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt“ beschlossen, der weitreichende Änderungen des Kündigungsschutzgesetzes und des Teilzeit- und Befristungsgesetzes vorsieht. Darin werden vor allem die Möglichkeiten zur Befristung von Arbeitsverträgen noch einmal deutlich erweitert. So sollen künftig – das Gesetz soll zum 1. Januar 2004 in Kraft treten – in neu gegründeten Unternehmen in den ersten vier Jahren nach der Gründung befristete Arbeitsverträge ohne sachlichen Grund vereinbart und verlängert werden können. Zudem ist beabsichtigt, künftig – zunächst für eine Übergangszeit bis Ende des Jahres 2008 – neu eingestellte Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag nicht mehr auf die Anwendungsschwelle des Kündigungsschutzgesetzes – Beschäftigung von fünf Arbeitnehmern in einem Betrieb – anzurechnen. Die Einstellung von befristet Beschäftigten würde also nicht zur Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes in Kleinbetrieben führen, auch wenn auf diese Weise die Zahl der Arbeitnehmer im Betrieb deutlich steigt.

Die Regelungen im bereits geltenden Gesetz („Hartz I“) hat der Gesetzgeber noch damit begründet, dass sich mit Hilfe befristeter Arbeitsverträge die Beschäftigungsperspektiven älterer Arbeitnehmer, die überdurchschnittlich häufig von Arbeitslosigkeit und insbesondere von Dauerarbeitslosigkeit betroffen sind – unter den Langzeitarbeitslosen (Arbeitslosigkeit von einem Jahr und länger) sind die über 50jährigen mit

¹ BGBl. I 2002 S. 4607

² Zu Einzelheiten siehe Düwell, in: Düwell/Weyand, Hartz und die Folgen: Das neue Arbeits- und Sozialrecht, Rn. 181 ff.

³ Däubler, Das umgesetzte Hartz-Modell: Bittere Pillen im Arbeits- und Sozialrecht, Arbeitsrecht im Betrieb 2003, 729 (732).

53,5 % vertreten – verbessern lasse. Dafür seien auch „psychologische“ Einstellungsvorbehalte der Arbeitgeber verantwortlich, die mit Hilfe befristeter Verträge

überwunden werden sollten. Im Falle des Gesetzentwurfs zur Reform des Arbeitsmarktes wird dagegen die notwendige Flexibilität der kleinen Unternehmen betont. Der befristete Arbeitsvertrag habe sich als flexible Beschäftigungsform bei unsicherer Auftragslage der Unternehmen bewährt. Existenzgründern, die in der Aufbauphase den Personalbedarf nicht abschätzen können, solle deshalb durch den erleichterten Abschluss befristeter Arbeitsverträge eine bessere Kalkulationsgrundlage geliefert werden. In Kleinbetrieben solle die Anwendungsschwelle für das Kündigungsschutzgesetz flexibler gestaltet werden, um in diesen Betrieben Beschäftigung zu fördern.⁴

Beiden Überlegungen gemeinsam ist der Gedanke, dass sich mehr Beschäftigung durch weniger Arbeitsrecht erreichen lässt. Mit anderen Worten: Die arbeitsrechtlichen Vorschriften, vor allem die über den Kündigungsschutz, werden als Beschäftigungshindernis angesehen, ihr Abbau als bevorzugtes Mittel der Einstellungsförderung.

Dabei lässt sich bereits in den letzten zehn Jahren eine Ausweitung der befristeten Arbeitsverhältnisse feststellen. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes hatten im Jahr 1991 knapp 8 % der Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag (= 2,4 Millionen). Im Jahre 2000 waren es bereits rund 2,7 Millionen abhängig Beschäftigte. Das sind rund 9 % der Arbeitnehmer (30,9 Millionen). Männer waren mit 9% etwas häufiger mit einem befristeten Arbeitsvertrag beschäftigt als Frauen (8 %).⁵ Ausbildungsverhältnisse, die üblicherweise befristet abgeschlossen werden, sind in diesen Zahlen nicht berücksichtigt.

Im Osten Deutschlands, wo eine deutlich höhere Arbeitslosigkeit als im Westen herrscht, sind auch die befristeten Arbeitsverträge überdurchschnittlich verbreitet: Hatten im Jahre 2000 im Osten Deutschlands gut 14 % der Arbeitnehmer (820 000) einen befristeten Arbeitsvertrag (1991: 11 % bzw. 800 000), waren es im Westen lediglich 8 % der Arbeitnehmer (2 Millionen).⁶ Im Jahr 1991 hatte dieser Anteil bei noch nur 7 % bzw. bei 1,6 Millionen abhängig Beschäftigten gelegen.

Darüber hinaus fällt auf, dass insbesondere Neueinstellungen sehr viel häufiger als in der Vergangenheit befristet vorgenommen und gegebenenfalls - nach dem Bestehen einer Testphase – verlängert oder in unbefristete Arbeitsverhältnisse überführt werden. Rund 40 % aller Neueinstellungen erfolgen mit einem (zunächst) befristeten Arbeitsvertrag. Dementsprechend finden sich die höchsten Befristungsquoten unter jungen Arbeitnehmern. So arbeitete im Jahre 2000 von den unter 30jährigen Arbeitnehmern (ohne Auszubildende) in Deutschland gut jeder Fünfte in einem befristeten Arbeitsverhältnis (21 % bzw. 1,3 Millionen). Von den 30 bis unter 40jährigen Arbeitnehmern waren 8 % (760 000) auf der Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrages beschäftigt, von den 40 bis 60jährigen lediglich noch 5 % (700 000).

⁴ BT-Drucks. 15/1204, S. 10.

⁵ Statistisches Bundesamt, Leben und Arbeiten in Deutschland, Ergebnisse des Mikrozensus 2000, 2001, S. 28 f.

⁶ Statistisches Bundesamt, Leben und Arbeiten in Deutschland, Ergebnisse des Mikrozensus 2000, 2001, S. 28 f.

Betrachtet man die Verhältnisse in den übrigen europäischen Ländern, liegt Deutschland mit diesen Zahlen zwar nur im Mittelfeld – besonders viele befristete Arbeitsverträge kennt Spanien, besonders wenige die Niederlande - die Tendenz einer Zunahme der befristeten Beschäftigungsformen ist jedoch unverkennbar. Und die jetzt verabschiedeten bzw. geplanten Maßnahmen dürften die Zahl der befristeten Arbeitsverträge noch weiter erhöhen.

Eine Auseinandersetzung mit den Beschäftigungsformen des befristeten Arbeitsvertrages macht es zunächst erforderlich, dem Entwicklungsprozess der befristeten Arbeitsverhältnisse nachzugehen (dazu unter II) und sich dann den aktuellen gesetzlichen Rahmenbedingungen sowie den wichtigsten Erscheinungsformen des befristeten Vertrages in der Praxis zuzuwenden (unter III). Ist dies geschehen, kann nach den Perspektiven befristeter Beschäftigungsformen in Deutschland, das insoweit beispielhaft für die entwickelten Industriestaaten stehen dürfte, gefragt werden (unter IV).

II. Entwicklung

1. Gesetzlicher Kündigungsschutz und Befristung von Arbeitsverträgen

Um die Problematik befristeter Arbeitsverträge in Deutschland zu verstehen, ist ein kurzer Blick in die historische Entwicklung dieser Vertragsform erforderlich. Arbeitsverträge können in Deutschland seit jeher – wie jedes Dauerschuldverhältnis – nicht nur auf unbestimmte Zeit, also unbefristet, sondern auch für eine bestimmte oder bestimmbare Zeit abgeschlossen werden. In § 620 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) war dies ausdrücklich vorgesehen, auch die das Arbeitsverhältnis beherrschende Vertragsfreiheit ließ (und lässt) eine derartige Vereinbarung zu. Der befristete Arbeitsvertrag gehörte deshalb in der Vergangenheit auch durchaus zu einer normalen Erscheinung. Und er hatte einige Vorteile für den Arbeitnehmer, weil er diesen besser schützte als der unbefristete Vertrag. Denn während der Befristung war regelmäßig die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen.

Als der Gesetzgeber aber im Verlauf der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts einen weitgehenden Schutz des Arbeitnehmers von der Kündigung des Arbeitsverhältnisses schuf – im Jahre 1951 wurde das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) erlassen, kurze Zeit später folgten Kündigungsschutzbestimmungen für besonders schützenswerte Arbeitnehmergruppen, insbesondere für schwangere Arbeitnehmerinnen und Schwerbehinderte – ohne die Möglichkeiten zum Abschluss befristeter Arbeitsverträge einzuschränken, konnten mit dem Abschluss befristeter Arbeitsverträge die Vorschriften des zwingenden Kündigungsschutzrechts umgangen werden. Dies galt insbesondere bei mehreren nacheinandergeschalteten Arbeitsverträgen (sog. „Kettenbefristungen“). Durch eine geschickte Vertragsgestaltung konnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmern den gesetzlichen Bestandschutz also entziehen und auf diese Weise das Risiko der Beschäftigung vollständig auf diese verlagern.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG), das bereits Mitte der 50er Jahre davon sprach, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis als die „sozialrechtlich privilegierte und sozialstaatlich erwünschtere Regelung“ anzusehen sei,⁷ griff deshalb die Frage des

⁷ BAG v. 26.11.1955, AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 2.

Missbrauchs dieser Vertragsgestaltung auf. Es sah sich jedoch nicht in der Lage, die entsprechende Geltung des Kündigungsschutzrechts anzuordnen.⁸ Vielmehr schränkte es den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen ein, wenn diese geeignet waren den Kündigungsschutz zu umgehen und machte die Anerkennung einer Befristungsabrede davon abhängig, dass für die Befristungsvereinbarung ein „sachlicher Grund“ bestand. Und es entschied, dass die Unwirksamkeit der Befristungsvereinbarung nicht den Arbeitsvertrag als Ganzes betrifft, sondern nur zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede führt. Damit galt im Falle einer unwirksamen Befristungsvereinbarung ein unbefristeter Arbeitsvertrag als abgeschlossen.

Eine wesentliche Konsequenz dieser Umgehungstheorie bestand darin, dass es eines sachlichen Grundes für die Befristung nur bedurfte, wenn und soweit diese dazu führte, dass eine Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungsschutzes droht. Vom Schutz der Rechtsprechung ausgenommen waren deshalb befristete Arbeitsverhältnisse in Kleinbetrieben (mit höchstens 5 Arbeitnehmern), in denen das Kündigungsschutzgesetz nicht anzuwenden ist. Dasselbe galt für eine Befristungsdauer von bis zu sechs Monaten, weil sich der Arbeitnehmer nach § 1 Kündigungsschutzgesetz erst ab dieser Beschäftigungsdauer auf den allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutz berufen kann.

In der Folgezeit konkretisierte die Rechtsprechung den „sachlichen Grund“ in zahlreichen Entscheidungen. Als solcher wurde vor allem anerkannt: Arbeitsvertrag zur Probe, Aushilfsarbeitsvertrag, Saisonarbeit, Vertretung eines wegen Krankheit, Beurlaubung oder aus ähnlichen Gründen zeitweilig ausfallenden Mitarbeiters,⁹ Verträge mit Musikern, Schauspielern und Sängern, aber auch Verträge, die auf Wunsch des Arbeitnehmers nur zeitlich befristet abgeschlossen werden sollen. Auch sog. Kettenarbeitsverträge, also der Abschluss befristeter Arbeitsverträge von denselben Vertragspartnern mehrfach hintereinander, waren grundsätzlich zulässig. Mit zunehmender Dauer der Beschäftigung stiegen jedoch die Anforderungen an den Sachgrund der Befristung,¹⁰ wobei jeweils nur der Sachgrund des letzten Vertrages überprüft wurde.¹¹

Die Auseinandersetzungen über das Phänomen der Befristung und diese Rechtsprechung hielten sich in den Folgejahren in Grenzen. Die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland und eine Beschäftigungssituation, die vor allem durch eine hohe Nachfrage nach Arbeitskräften charakterisiert war, machte den unbefristeten Arbeitsvertrag zum Regelfall, das befristete Arbeitsverhältnis blieb eine Ausnahmeerscheinung werden. In der Privatwirtschaft wurden Befristungen üblicherweise nur in Arbeitsverhältnissen zur Probe oder zur Aushilfe (ca. 30 % der befristeten Neueinstellungen) sowie im Saisongewerbe (ca. 20 %) und im Baugewerbe vereinbart. Verbreitet war der befristete Arbeitsvertrag lediglich in künstlerischen Berufen (Schauspiel- und Konzerthäuser) und in den Rundfunk- und Fernsehanstalten sowie im Hochschulbereich.¹²

⁸ BAG v. 12.10.1960, AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 16.

⁹ BAG v. 23.11.1963, AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 26.

¹⁰ BAG v. 21.06.1983, AP § 620 BGB Befristete Arbeitsverträge.

¹¹ BAG v. 21.1.1987, AP § 620 BGB Hochschule.

¹² Kündigungsrecht/Lipke-Bader, § 620 Rn. 55 f.

2. Beschäftigungsförderungsgesetz 1985/1996

Die Situation änderte sich, als Ende der 70er Jahre die Arbeitslosigkeit deutlich anstieg und trotz aller staatlicher Interventionen auf dem Arbeitsmarkt nicht verringert werden konnte. Anfang der 80er Jahre war die Arbeitslosenquote auf 4 bis 6 % geklettert und stieg im Verlauf des Jahrzehnts weiter an. Parallel dazu entwickelte sich eine lebhafte Debatte um einen als verkrustet beschriebenen Kündigungsschutz, der die notwendige Flexibilität am Arbeitsmarkt verhindere. Zudem wurde auch die Rechtsprechung zu den befristeten Arbeitsverträgen als zu intransparent und nicht hinreichend flexibel empfunden.

Unter der Bezeichnung „Beschäftigungsförderungsgesetz“ wurde deshalb 1985 ein Gesetz verabschiedet, das – wie es in seiner amtlichen Überschrift ausdrücklich zum Ausdruck brachte – die erleichterte Zulassung befristeter Arbeitsverträge zum Ziel hatte. Dazu wurde vorgesehen, dass bei Neueinstellung eines Arbeitnehmers oder bei der nur vorübergehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im unmittelbaren Anschluss an die Berufsausbildung die einmalige Befristung des Arbeitsvertrages bis zur Dauer von 18 Monaten möglich ist. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte diese Regelung die Unternehmen zu zusätzlichen bzw. vorgezogenen Neueinstellungen veranlassen und verhindern, „dass die Unternehmen in der Phase der konjunkturellen Wiederbelebung zunächst in Erwartung einer Stabilisierung ihrer Auftragslage in Überstunden ausweichen oder sonstige Maßnahmen treffen, die keine zusätzlichen Beschäftigungsmöglichkeiten schaffen“.¹³ Erwartet wurde darüber hinaus, dass befristete Arbeitsverhältnisse „Brücken in unbefristete Beschäftigung“ bauen. Für den Arbeitsuchenden sei, „eine – wenn auch zunächst befristete – Arbeit besser als gar keine Arbeit“. Für ihn bestehe „die Chance, dass der befristete Arbeitsvertrag in einem unbefristeten endet, wenn sich die konjunkturelle Entwicklung fortsetzt“.¹⁴ Zugleich wurden bereichsspezifische Vorschriften über die Befristung von Arbeitsverträgen des wissenschaftlichen Personals an Hochschulen und Forschungseinrichtungen¹⁵ und über Ärzte in der Weiterbildung¹⁶ erlassen.

Das Beschäftigungsförderungsgesetz, das bei den Gewerkschaften auf lebhaften Widerstand stieß, wurde seinerseits für einen Zeitraum von fünf Jahren befristet, gewissermaßen also auf Probe verabschiedet; nach Ablauf des Fünfjahreszeitraums sollten die Erfahrungen ausgewertet werden. Im Jahre 1990 entschloss sich die Regierung dann – in ihren Augen hatte sich das Gesetz gewährt – die Regelungen um weitere fünf Jahre zu verlängern, um es 1994 erneut für einen dritten Fünfjahreszeitraum zu verabschieden.

Als sich Mitte der neunziger Jahre abzeichnete, dass sich – vor allem im östlichen Teil Deutschlands - die hohe Arbeitslosigkeit zu verfestigen begann, entschloss sich der Gesetzgeber, das Beschäftigungsförderungsgesetz um weitere Regelungen zur Erleichterung befristeter Arbeitsverträge zu ergänzen. Zum einen wurde die Höchstbefristungsdauer für befristete Arbeitsverträge auf zwei Jahre verlängert und die

¹³ BT-Drucks. 395/84, S. 14).

¹⁴ BT-Drucks. 10/2102, S. 15.

¹⁵ Gesetz über die befristeten Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen vom 14.06.1985 (BGBl. I S. 1065); es wurde in die §§ 57a – 57f des Hochschulrahmengesetzes (HRG) eingefügt.

¹⁶ Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung vom 15.5.1985 (BGBl. I S. 742).

Möglichkeit geschaffen, derartige Verlängerungen bis zu drei Mal vorzunehmen. Vor allem aber wurde von der Voraussetzung der Neueinstellung Abstand genommen. Jetzt konnte ein befristeter Arbeitsvertrag ohne Sachgrund auch mit einem Arbeitnehmer abgeschlossen werden, der bereits zuvor in einem unbefristeten oder befristeten Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen gestanden hatte. Um zu vermeiden, dass sich aus dieser Regelung eine Kette an befristeten Arbeitsverträgen ergab, wurde ein sog. Anschlussverbot aufgenommen. Jetzt war eine Befristung unzulässig, wenn zu einem vorhergehenden Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang bestand. Dieser enge sachliche Zusammenhang war insbesondere gegeben, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten lag. Schließlich wurde für Arbeitnehmer ab dem 60. Lebensjahr die Möglichkeit für eine Befristung ohne Sachgrund geschaffen.

Zur Begründung berief sich der Gesetzgeber auf die – nicht unumstrittenen - Ergebnisse wissenschaftlicher Untersuchungen, nach denen sich befristete Arbeitsverträge als wirksame Instrumente zur Förderung von Neuanstellungen erwiesen hätten.¹⁷ Die Übernahmequote der nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz zunächst Eingestellten betrage 50 %. Des Weiteren hätten die Erleichterungen beim Abschluss befristeter Verträge auch nicht zu einem Ersatz unbefristeter Neueinstellungen durch befristete geführt. Vielmehr sei seit 1985 die Befristungsquote konstant geblieben. Und schließlich hätten sich direkte Zusatzbeschäftigungen dadurch ergeben, dass an Stelle von Überstunden befristete Arbeitsverträge getreten seien.¹⁸

3. Europäische Vorgaben und gesetzliche Umsetzung

Mittlerweile war die Befristung von Arbeitsverträgen zu einem Regelungsproblem auf der europäischen Ebene geworden. Die Europäische Kommission, das Exekutivorgan der Europäischen Gemeinschaften, hatte bereits Mitte der 80er Jahre die Regelung von Schutzbestimmungen für sogenannte abhängige Arbeitsverträge – zu diesen gehörten vor allem auch befristete Verträge – auf die Tagesordnung gesetzt, war aber mit ihren Regelungsversuchen nicht erfolgreich, weil alle Mitgliedstaaten zustimmen mussten und Einstimmigkeit nicht zu erreichen war. Im Verlauf der 90er Jahre wurden erneut mehrere Versuche unternommen, entsprechende Maßnahme zu erlassen.¹⁹ Schließlich gelang es 1999 in einem Konsultationsverfahren zwischen den Sozialpartnern auf europäischer Ebene (Sozialer Dialog) – diese Verfahren wurde 1996 in den Vertrag der Europäischen Gemeinschaft aufgenommen - eine Vereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse zu erreichen, die in eine Richtlinie über befristete Arbeitsverträge umgesetzt wurde.²⁰ Kurz zuvor war es bereits in einem entsprechenden Verfahren gelungen, eine Richtlinie über Teilzeitarbeitsverhältnisse zu erlassen.²¹

Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft verpflichten die Mitgliedstaaten, die Vorgaben in nationales Recht umzusetzen. Die Richtlinie über befristete Arbeitserträge

¹⁷ BT-Drucks. 13/4612 S. 11.

¹⁸ BT-Drucks. 13/4612 S. 12.

¹⁹ Zu diesem Werdegang vgl. Schiek, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kritische Justiz 2003, 18 (19).

²⁰ Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, Amtsblatt L 175 vom 10.7.1999.

²¹ Richtlinie 1997/81/EG des Rates vom 15.12.199 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, Amtsblatt L 14/9.

sollten einerseits die Mitgliedstaaten verpflichten, den Missbrauch von Befristungen auszuschließen und Diskriminierung von befristet Beschäftigten gegenüber unbefristet Beschäftigten zu untersagen.²² Sie sollte zugleich aber auch eine flexiblere Organisation der Arbeit ermöglichen und die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft stärken.²³ Im Mittelpunkt stand ein Diskriminierungsverbot (§ 4 der Sozialpartnervereinbarung). Die im Übrigen wichtigsten Vorschriften richteten sich vor allem gegen Mehrfachbefristungen (§ 5 der Sozialpartnervereinbarung). In ihnen wird eine Beschränkung von Mehrfachbefristungen durch drei alternative Möglichkeiten verlangt, die einzeln, aber auch nebeneinander genutzt werden können. Es sind dies:

- Festlegung sachlicher Gründe, die die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages rechtfertigen,
- Beschränkung der maximal zulässigen Dauer aufeinander folgender Verträge,
- Beschränkung der Zahl der Verlängerung solcher Verträge.

Und nicht zuletzt sollten die Chancen auf eine dauerhafte Beschäftigung durch eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Information über Dauerarbeitsverhältnisse und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen sowie die Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter über die im Betrieb befristet beschäftigten Arbeitnehmer verbessert werden (§§ 6 und 7 der Sozialpartnervereinbarung).

Der deutsche Gesetzgeber nahm diese Richtlinie zum Anlass, an die Stelle der bis dahin unübersichtlichen und lückenhaften Regelungen eine Teilkodifikation des Befristungsrechts zu setzen und sie mit den Vorschriften zur Teilzeitarbeit zu verbinden. Mit den Befristungsvorschriften sollte – wie es in der Gesetzesbegründung heißt – ein „ausgewogenes Verhältnis zwischen flexibler Organisation der Arbeit und Sicherheit für die Arbeitnehmer erreicht werden“.²⁴ Das Ende des Jahres 2000 verabschiedete Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) wurde am 1. Januar 2001 wirksam. Allerdings kam eine wirklich zusammenhängende Regelung des Befristungsrechts nicht zu Stande. Soweit spezifische Vorschriften bereits bestanden – wie Vertretungsregeln im Bundeserziehungsgeldgesetz (§ 21), das Gesetz über die Weiterbildung der Ärzte und die Bestimmungen im Hochschulrecht – wurden diese beibehalten.

III. Die aktuelle Rechtslage

1. Eckpunkte

a) Befristungsgrundsätze

Mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz kehrte der Gesetzgeber das bis dahin geltende Regel-Ausnahme-Verhältnis um. War zuvor, wie in § 620 BGB ausdrücklich formuliert, der befristete Arbeitsvertrag der Regelfall, bedarf nunmehr („Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.“) jede regelmäßige Befristung zu ihrer Wirksamkeit eines sachlichen Grundes.

²² Erwägungsgrund 1 der Sozialpartnervereinbarung.

²³ Erwägungsgrund 8 und 11 der Sozialpartnervereinbarung.

²⁴ BT-Drucks. 14/4379 S. 1 15.

Zudem wurde der Anwendungsbereich des Befristungsschutzes ausgedehnt. Nunmehr finden die Schutzvorschriften auch auf Arbeitsverhältnisse Anwendung, die nach der bisherigen, von der Rechtsprechung entwickelten Lösung nicht dem Befristungsschutz unterlagen. Dies galt vor allem für Arbeitsverhältnisse in Kleinbetrieben, auf die das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet. Sie wurden nunmehr in den Befristungsschutz einbezogen.

Ausdrücklich zugelassen ist nicht nur eine kalendermäßige Befristung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch eine solche, die nur durch einen bestimmten Zweck – z. B. Einstellung für einen verhinderten Mitarbeiter oder Einstellung für eine Saison, deren Ende nicht absehbar ist – definiert ist (§ 15 Abs. 2 TzBfG). Sie wird in der Praxis vor allem gewählt, wenn bei Vertragsschluss der Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses noch nicht genau feststeht. Des Weiteren hat das Gesetz das Erfordernis des Sachgrundes auch auf die Fälle erstreckt, in denen eine auflösende Bedingung den Arbeitsvertrag beendet (§ 21 TzBfG). Mit diesen Regelungen wurde jedoch lediglich die langjährige, weitgehend unumstrittene Rechtsprechung der Arbeitsgerichte gesetzlich festgeschrieben.

Eine Ausnahme von der Regel wird nur im Falle der Neueinstellung gemacht. In diesem Fall kann – wie schon nach altem Recht - die Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren wirksam vereinbart und innerhalb dieses Zeitraumes maximal dreimal verlängert werden. Die Voraussetzungen für diesen Befristungsfall wurden jedoch – wie noch näher zu zeigen sein wird- , noch einmal deutlich verschärft. Dazu gehört insbesondere, dass mit demselben Arbeitgeber zuvor noch überhaupt kein Arbeitsverhältnis bestanden hat (§ 14 Abs. 2 TzBfG).

Für ältere Arbeitnehmer wurde die bereits erwähnte Ausnahmeregelung geschaffen, die ab dem 58. - mittlerweile ab dem 52. Lebensjahr - die Befristung ohne Sachgrund und ohne Höchstbegrenzung möglich macht (§ 14 Abs. 3 TzBfG). Sie soll im Hinblick auf die Auseinandersetzung, die um sie geführt wird, noch ausführlicher behandelt werden (siehe unten 4).

Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen hat sich das Gesetz an der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte orientiert: Bei Unwirksamkeit der Befristung tritt an die Stelle des befristetes ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, das soweit das allgemeine Kündigungsrecht anwendbar ist, dem allgemeinen Kündigungsschutz unterliegt. Der Arbeitsvertrag kann frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden, wenn nicht nach § 15 Abs. 3 TzBfG die ordentliche Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt möglich ist (§ 16 Abs. 1 TzBfG).

b) Diskriminierungsverbot

Wie von der Richtlinie vorgegeben, hat der Gesetzgeber ein Diskriminierungsverbot aufgenommen (§ 4 Abs. 2 TzBfG). Danach darf der Arbeitgeber einen befristet beschäftigten Arbeitnehmer nicht wegen der Befristung schlechter behandeln als einen vergleichbar unbefristet beschäftigten (§ 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Dies gilt für alle Arbeitsbedingungen, also für das Arbeitsentgelt ebenso wie für den Urlaubsanspruch, die Arbeitszeit- und Arbeitsschutzregelungen oder das Wahlrecht zu den Vertretungsorganen): Insbesondere für das Arbeitsentgelt ist vorgeschrieben, dass dieses zumindest zeitanteilig („pro-rata-temporis“) zu gewähren ist (§ 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Zwar können bestimmte Leistungen – z. B. die Urlaubsdauer oder die Dauer

der Arbeitszeit – von der Beschäftigungsdauer im Betrieb abhängig gemacht werden. Für die befristeten Arbeitnehmer müssen dann jedoch dieselben Zeiten gelten wie für die unbefristeten. Eine unterschiedliche Behandlung ist auch zulässig, wenn sie aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. So besteht etwa die Möglichkeit, kurzzeitig befristet beschäftigte Arbeitnehmer von den Leistungen der betrieblichen Altersversorgung auszunehmen, weil sie wegen ihrer kurzzeitigen Beschäftigungsdauer nur sehr geringe Ansprüche erzielen können.²⁵

Eine weitere Konkretisierung des Gleichbehandlungsgebotes sieht das Gesetz noch hinsichtlich der Aus- und Weiterbildungspflicht des Arbeitgebers vor. Danach wird dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer das gleich Recht auf Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen wie den unbefristet beschäftigten eingeräumt (§ 9 TzBfG). Auf diese Weise sollen die berufliche Entwicklung und Mobilität des Arbeitnehmers gefördert und die Chancen auf einen Dauerarbeitsplatz verbessert werden. Allerdings muss die Qualifizierungsmaßnahme insbesondere im Hinblick auf die Art der Tätigkeit, die Dauer der Befristung, die Dauer der Maßnahme und nicht zuletzt die entstehenden Kosten angemessen sind.²⁶ Und es sollte schließlich nicht übersehen werden, dass aus der Gleichbehandlungspflicht kein Anspruch des befristet Beschäftigten auf Teilnahme an Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung erwächst. Ob Maßnahmen dieser Art im Unternehmen angeboten werden, bleibt der Entscheidung des Arbeitgebers vorbehalten.

2. Sachliche Befristung

a) Sachgründe

Das Gesetz schreibt - wie bereits erwähnt - vor, dass die Befristung mit Sachgrund der Regelfall für eine zulässige Befristung des Arbeitsvertrages ist. Es nennt dazu keine allgemeinen Kriterien für den Sachgrund, sondern verwertet die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte mit einer beispielhaften Aufzählung anerkannter Sachgründe, um damit Eckpunkte für einen „sachlichen Grund“ zu schaffen. Die aufgezählten Sachgründe, es handelt sich acht Tatbestände, waren in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ganz überwiegend als solche anerkannt. Hinzugekommen ist lediglich - in Anlehnung an tarifliche Vorschriften – die Befristung im Anschluss an ein Studium oder eine Ausbildung, um den Übergang in das Berufsleben zu erleichtern.

Die im Gesetz genannten Sachgründe lauten wie folgt:

- der nur vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung (1),
- die Befristung im Anschluss einer Ausbildung oder eines Studiums (2),
- die Vertretung eines anderen Arbeitnehmers (3),
- die Eigenart der Arbeitsleistung (4),
- die Befristung zur Erprobung (5),
- in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe (6),
- die Befristung aufgrund zeitlich begrenzter Haushaltsmittel (7) sowie
- die Befristung aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs (8).

Damit werden im Wesentlichen Gründe zugelassen, die entweder in der Art der Arbeit (Nr. 1 – 3), in der Eigenart des Betriebs (Nr. 4 und 7) und in der Person des Ar-

²⁵ Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 14/4374, S. 16.

²⁶ So die Bundesregierung in ihrer Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 14/4374, S. 21.

beitnehmers (Nr. 5 und 6) liegen. Der Katalog ist zwar nicht abschließend – das Gesetz spricht davon, dass „insbesondere“ diese Sachgründe eine Befristung rechtfertigen können -, setzt aber Maßstäbe für das erforderliche Gewicht eines sachlichen Grundes.

b) Fallgruppen

Die in der Praxis wichtigsten Fallgruppen befristeter Verträge sind in der Privatwirtschaft der vorübergehende Arbeitskräfte- oder Personalbedarf, der auch in der Form einer Vertretung eines Mitarbeiters auftreten kann, und die Eigenart der Arbeitsleistung. Im öffentlichen Dienst kommt der Befristung aufgrund zeitlich begrenzter Haushaltsmittel eine herausragende Bedeutung zu. Im Folgenden sollen die wichtigsten Fragen zu den einzelnen Sachgründen angesprochen werden. Den in der Praxis bedeutsamsten kommt dabei besondere Aufmerksamkeit zu.

(1) Vorübergehender Personalbedarf und Vertretung eines anderen Arbeitnehmers

Der vorübergehende Arbeitskräftebedarf ist seit jeher der Musterfall eines sachlichen Grundes für die Befristung eines Arbeitsvertrages. Der Mehrbedarf kann darin liegen, dass – verglichen mit der aktuellen Lage – der Bedarf vorübergehend ansteigt oder zunächst unverändert bleibt, aber künftig sinkt. Dazu gehören die Fälle des Erntehelfers, der Herstellung und Vertrieb von Saisonartikeln – Mehrbedarf – oder der geplanten Inbetriebnahme einer neuen technischen Anlage – künftiger Minderbedarf.

Die bloße Unsicherheit über die künftige Entwicklung genügt für die Befristung nicht. Vielmehr muss der Arbeitgeber aufgrund greifbarer Tatsachen mit hinreichender Sicherheit eine exakte Prognose über Umfang und Dauer seines künftigen Arbeitskräftebedarfs erstellen und deren Grundlagen im Streitfall offen legen.²⁷ Andererseits muss der befristet eingestellte Arbeitnehmer nicht auf einen zusätzlichen, neuen Arbeitsplatz beschäftigt werden. Der Arbeitgeber kann den vorübergehenden Arbeitskräftebedarf auch zum Anlass nehmen, seinen Betrieb umzuorganisieren und die Arbeiten zwischen alten und neuen Arbeitnehmern neu zu verteilen. Voraussetzung bleibt aber, dass die Befristung sich letztlich auf eine vorübergehende Steigerung bzw. künftige Reduzierung des Personalbedarfs zurückführen lässt.

Wird ein Arbeitnehmer befristet als Vertreter eingestellt, liegt eine Variante des Personalmehrbedarfs vor. Sie unterscheidet sich von der ersten Fallgruppe dadurch, dass kein zusätzlicher Arbeitsplatz geschaffen wird, sondern ein Arbeitsplatz nur vakant ist, weil ein dafür vorgesehener Mitarbeiter ausfällt.

Der befristet Beschäftigte kann am Arbeitsplatz des beschäftigt werden. Möglich ist aber auch, dass der Arbeitgeber mehrere Arbeitsplätze oder deren Umorganisation umorganisiert und den Vertreter anderweitig beschäftigt. Maßgeblich ist, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen den zeitweiligen Ausfall des einen Arbeitnehmers, dem dadurch hervorgerufenen Vertretungsbedarf und der befristeten Einstellung der Vertretungskraft besteht.²⁸ Auch kann die Dauer der Befristung kürzer sein als die voraussichtliche Dauer des Vertretungsbedarfs. Dem Arbeitgeber steht näm-

²⁷ BAG v. 05.06.2002 – 7 AZR 241/01, DB 2002, 2166

²⁸ BAG v. 20.01.1999 – 7 AZR 640/97 – EZA § 620 BGB Nr. 160.

lich das Recht zu, den Vertretungsbedarf auch ganz oder zum Teil auf andere Weise zu decken.²⁹

Verbreitet ist die Praxis die Vertretungsbefristung als Zweckbefristung auszugestalten (z. B. Vertretung für die Dauer der Erkrankung eines Mitarbeiters); der Zweck fällt dann mit der Rückkehr des Vertretenen weg. Nicht erlaubt ist hingegen eine Zweckbefristung auf das Ausscheiden eines Stammarbeitnehmers hin. Allein durch das Ausscheiden des Vertretenen ändert sich der Bedarf an der Verrichtung bestimmter Tätigkeiten nicht.

(2) Beschäftigung im Anschluss an Ausbildung oder Studium

Der neu geschaffene Befristungstatbestand der Beschäftigung im Anschluss an Ausbildung oder Studium soll dem Arbeitnehmer den Übergang in eine Anschlussbeschäftigung erleichtern, wenn ein dauerhafter Arbeitsplatz nicht zur Verfügung steht. Im Hinblick darauf, dass dieser Tatbestand in der Rechtsprechung bislang keine Beachtung gefunden hat, ist seine Auslegung umstritten. Einigkeit herrscht darüber, dass der Begriff der Ausbildung im umfassenden Sinne zu verstehen ist und darunter nicht nur Berufsausbildungsverhältnisse fallen. Die Einstellung muss auch nicht unmittelbar nach Abschluss der Ausbildung bzw. des Studiums erfolgen.

Andererseits muss sich die Befristungsdauer am Zweck der Befristung orientieren. Die Höchstgrenze dürfte daher abhängig sein von der vorangegangenen Qualifikation und der Art der Tätigkeit. Meines Erachtens dürfte die Höchstgrenze bei ein bis zwei Jahren liegen, da ein Arbeitnehmer in dieser Zeit regelmäßig so viele praktische Erfahrungen erworben hat, dass sie bei weiteren Bewerbungen die Chancen erhöhen.

(3) Eigenart der Arbeitsleistung

Mit dem Befristungsgrund „Eigenart der Arbeitsleistung“ (Nr. 4) werden mehrere bislang anerkannte Befristungstatbestände unter einem Dach zusammengefasst. Dazu gehört der Bereich der Rundfunkanstalten, in dem eine befristete Beschäftigung der Programm gestaltenden Mitarbeiter schon nach der bisherigen Rechtsprechung zulässig war und der Bereich der Kultureinrichtungen, die aus der Freiheit der Kunst, die ihrerseits in der Verfassung ausdrücklich gewährleistet ist, (Art. 5 Abs. 3 Grundgesetz), das Recht ableiten können Arbeitsverträge mit Künstler, insbesondere Musikern und Schauspielern jeweils befristet abzuschließen.

Zu dieser Fallgruppe zählen auch sogenannte Verschleißtatbestände bei Arbeitsverträgen mit Künstlern, Sportlern oder Trainern, deren regelmäßige Auswechslung erwartet wird. So ist angesichts des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums, z. B. die Befristung von Arbeitsverträgen mit Bühnenkünstlern weithin üblich zu zulässig:³⁰ Ähnliches gilt für die Aufgabe, Spitzensportler oder besonders talentierte Nachwuchssportler zu betreuen, weil mit ihr die Gefahr verbunden ist, dass die Fähigkeit des Trainers zur weiteren Motivation der ihm anvertrauten Spieler regelmäßig nachlässt. Arbeitsverträge mit diesen Personen, die auf ein oder zwei Jahre befristet sind, werden daher als zulässig erachtet.³¹

²⁹ BAG v. 21.02.2001 – 7 AZR 200/00 – EZA § 620 BGB Nr. 174.

³⁰ BAG v. 23.10.1991 – 7 AZR 56/91 – AP § 611 BGB Bühnenengagement-Vertrag Nr. 53.

³¹ BAG v. 29.10.1998 – 7 AZR 436/99 – AP § 611 BGB Berufssport Nr. 14.

(4) Erprobung des Arbeitnehmers

Die Befristung zwecks Erprobung eines Arbeitnehmers hat in der Praxis nur noch sehr geringe Bedeutung, seit die Möglichkeit geschaffen wurde, die Einstellung bis zu einem Zeitraum von zwei Jahren ohne Sachgrund vorzunehmen; diese sachgrundlose Befristung erlaubt eine hinreichende Eignungsprüfung des Arbeitnehmers und wird regelmäßig auch dazu genutzt.

Aber auch im Übrigen ist diese Erprobungsbefristung an relativ enge Voraussetzungen geknüpft: So muss die Dauer der Probezeit in einem angemessenen Verhältnis zum Erprobungszweck stehen. Erprobungsphasen, die sechs Monate übersteigen, sind nur ausnahmsweise zulässig, da ab diesem Zeitpunkt der allgemeine Kündigungsschutz einsetzt.³² Eine längere Probezeit ist nur möglich, wenn die Art der zu leistenden Arbeit – etwa eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit – dies rechtfertigt. Eine Befristung ist ausgeschlossen, wenn die persönliche Eignung des Arbeitnehmers bereits aus einer früheren Beschäftigung bekannt ist. Dazu zählt insbesondere eine vorangegangene Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz im Rahmen einer sachgrundlosen Befristung. Eine Erprobung ist hingegen möglich, wenn der Arbeitnehmer nunmehr auf einem anderen Arbeitsplatz mit anderen Anforderungen eingesetzt werden soll und der Arbeitgeber die Eignung dafür noch nicht beurteilen kann.

(5) Gründe in der Person des Arbeitnehmers

Unter dem Oberbegriff „in der Person des Arbeitnehmers“ werden diejenigen Fälle zusammengefasst, in denen die Befristung des Arbeitnehmers entweder auf seinem frei gebildeten Willen beruht oder mit ihr ein sozialer Überbrückungszweck verfolgt wird. Des Weiteren fallen darunter Vereinbarungen, in denen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze geknüpft wird.

So ist die Befristung nach dieser Fallgruppe zulässig, wenn der Arbeitnehmer selbst eine befristete Tätigkeit wünscht oder die Parteien beim Vertragsschluss davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer die Tätigkeit nur in einem befristeten Zeitraum ausüben können. Dazu zählt der Fall, dass der Arbeitnehmer die Zeit bis zur Aufnahme einer anderen Tätigkeit, eines Studiums oder des Wehrdienstes überbrücken will. Gleiches gilt für den Fall, dass etwa ein ausländischer Arbeitnehmer seine befristete Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis voraussichtlich nicht verlängern können und nach deren Ablauf nicht mehr beschäftigt werden darf.³³ Zu achten ist darauf, dass die Befristung nicht schon dann auf dem Wunsch des Arbeitnehmers beruht, wenn er sich mit der Befristung einverstanden erklärt. Vielmehr muss er von sich aus ein befristetes Arbeitsverhältnis anstreben. Dazu müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen, aus denen sich das Interesse des Arbeitnehmers an einer befristeten Tätigkeit ergibt.³⁴ Zu diesen Anhaltspunkten zählt eine anderweitige Zukunftsplanung des Arbeitnehmers.

³² BAG v. 15.3.1978 – 5 AZR 831/76 - AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

³³ BAG v. 21.01.2000 – 7 AZR 863/98 – EZA § 620 BGB Nr. 169.

³⁴ BAG v. 06.11.1996 – 7 AZR 909/95 – EZA § 620 BGB Nr. 146.

Soziale Erwägungen können eine vorübergehende Beschäftigung rechtfertigen, wenn das Arbeitsverhältnis allein aus betrieblichen Interessen ohne soziale Beweggründe nicht zu Stande gekommen wäre.³⁵ Dazu gehört etwa die befristete Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers nach Ausspruch einer Kündigung, um ihm die Möglichkeit zu geben, die Voraussetzungen eines Versorgungsanspruchs oder eines Anspruchs auf Bezug von Arbeitslosengeld noch zu erfüllen. Gleiches gilt für die befristete Beschäftigung zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit, auch im Rahmen einer Beschäftigungsgesellschaft – einer Einrichtung, die vom Staat subventioniert wird – oder einer sogenannten Arbeitsbeschaffungsmaßnahme.

(5) Haushaltsrechtliche Gründe

So der Privatwirtschaft die Befristung zulässig ist, wenn bei Vertragsschluss davon auszugehen ist, dass der Arbeitsplatz künftig wegfällt, kann im öffentlichen Dienst ein befristeter Arbeitsvertrag geschlossen werden, wenn anzunehmen ist, dass für die Beschäftigung des Arbeitsmittel Haushaltsmittel nur vorübergehend zur Verfügung stehen. Dies ist der Fall, wenn die Mittel zweckgebunden und haushaltsrechtlich für befristete Arbeitsverträge bestimmt sind; weiter muss der Arbeitnehmer entsprechend dieser Zweckbindung und zu Lasten dieser Mittel eingestellt und beschäftigt werden.³⁶ Dazu zählt auch die befristete Einstellung aufgrund von Haushaltsmitteln, die durch die zeitweilige Beurlaubung von anderen Arbeitskräften vorübergehend frei sind.³⁷ Nicht erforderlich ist, dass die Mittel selbst befristet sind oder sich der Haushaltsgeber mit der konkreten befristeten Stelle befasst oder konkrete Stellen eingerichtet hat.³⁸

Keine Befristungsgründe sind die Begrenzung des Haushalts durch das Haushaltsjahr oder die Ungewissheit, ob künftig Mittel zur Verfügung stehen.³⁹ Dass eine Stelle durch Drittmittel oder Zahlungen eines Dritten finanziert wird und die künftige Finanzierung ungewiss ist, rechtfertigt ebenfalls keine Befristung.⁴⁰

c) Sonstige Sachgründe

Da die im Gesetz genannten Sachgründe nicht als abschließend zu verstehen sind, besteht die Möglichkeit auch andere sachliche Gründe für eine Befristung heranzuziehen. Dabei handelt es sich insbesondere um die Beschäftigung von Studierenden, weil die Befristung den Studierenden jeweils die Möglichkeit gibt, die Erfordernisse des Studiums mit denen des Arbeitsverhältnisses zu verbinden⁴¹ um staatliche Maßnahmen zur Schaffung neuer Arbeitsplätze, vor allem sog. Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen,⁴² und wenn der Arbeitgeber eine befristete Einstellung vornimmt, um den Zeitraum bis zur Arbeitsaufnahme eines anderen – von ihm unbefristet neu-eingestellten Arbeitnehmers zu überbrücken (sog. Vakanz).⁴³

³⁵ BAG v. 07.07.1999 – 7 AZR 232/98 – EZA § 620 BGB Nr. 165.

³⁶ Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 14/4374, S. 19.

³⁷ BAG v. 15.08.2001 – 7 AZR 263/00 – EZA § 21 BerzGG Nr. 4.

³⁸ BAG v. 24.01.1996 – 7 AZR 342/95 – EZA § 620 BGB Hochschulen Nr. 2.

³⁹ BAG v. 15.08.2001 – 7 AZR 263/00 – EZA § 21 BerzGG Nr. 4.

⁴⁰ BAG v. 22.03.2000 – 7 AZR 758/98 – EZA § 620 BGB Nr. 117.

⁴¹ BAG v. 4.04.1990 u. 10.08.1994, AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 136 und Nr. 162.

⁴² BAG v. 15.02.1995, AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 166.

⁴³ BAG NZA 1997, 1222.

Ausdrücklich ausgeschlossen hat die Rechtsprechung dagegen das Vorliegen eines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer die befristete Tätigkeit als Nebentätigkeit ausübt, also damit nicht seinen vollen Lebensunterhalt verdient. Insoweit müssen weitere Aspekte für eine Befristung des Arbeitsvertrages hinzukommen.⁴⁴

3. Befristung ohne Sachgrund

Als Ausnahmefall ist die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig, wenn zwischen den Arbeitsvertragsparteien erstmals ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, also eine Neueinstellung vorgenommen wird. Diese Befristung darf – ähnlich wie nach altem Recht - maximal zwei Jahre betragen und innerhalb dieses Zeitraums bis zu dreimal verlängert werden (§ 14 Abs. 2 TzBfG).

Mit dieser Regelung wurde die Möglichkeit der Erstbefristung ohne Sachgrund erstmals dauerhaft geschaffen – die Vorgängerregelungen waren jeweils auf fünf Jahre befristet -, zugleich aber wurde die Möglichkeit zum Abschluss derartiger Verträge erheblich eingeschränkt: Zum einen ist Voraussetzung für die derartige Vereinbarung, dass zwischen den Arbeitsvertragsparteien nie zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Damit scheidet eine sachgrundlose Befristung auch dann aus, wenn zwischen den Parteien vor mehreren Jahren ein nur kurze Zeit dauerndes Aushilfsarbeitsverhältnis bestanden hat;⁴⁵ lediglich ein Ausbildungsverhältnis wird hierbei ausgenommen, so dass im Anschluss an dieses ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis durchaus eingegangen werden kann.⁴⁶ Im Unterschied zum alten Recht ist es nunmehr auch ausgeschlossen, ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis im Anschluss an eine Befristung mit Sachgrund einzugehen.

Nach wie zulässig ist es hingegen, eine sachlich begründete Befristung an eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG anzuschließen. Gleiches gilt für eine vorangegangene Beschäftigung in einem anderen Vertragsverhältnis als dem eines Arbeitsvertrages, z. B. als ein im Wege eines Dienstvertrages beschäftigter sog. freier Mitarbeiter.

Um festzustellen, ob bereits früher einmal ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, wird dem Arbeitgeber das Recht zugestanden, den Arbeitnehmer vor der Einstellung nach einer Vorbeschäftigung zu fragen.⁴⁷ Wird die Frage falsch beantwortet oder wird die Vorbeschäftigung aus anderen Gründen übersehen, wird dem Arbeitgeber das Recht zugestanden, sich durch Anfechtung des Arbeitsvertrages, von diesem zu lösen.

4. Insbesondere: Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern

Lebhaft umstritten war und ist die bereits eingangs erwähnte Sonderregel, wonach die Befristung mit älteren Arbeitnehmern (ab dem 52. Lebensjahr) möglich sein soll, ohne dass dafür ein Sachgrund gegeben sein muss (§ 14 Abs. 3 TzBfG); die Absen-

⁴⁴ BAG v.10.08.1994, AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 162.

⁴⁵ KR-Lipke, § 14 TzBfG Rn. 296 ff.; Annuß/Thüsing/Maschmann, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar, § 14 Rn. 71.

⁴⁶ Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 14/4374, 20.

⁴⁷ Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 14/4374, 19.

kung der Altersgrenze ist bis zum Ende des Jahres 2006 befristet. Auf diese Weise werden ältere Arbeitnehmer weitgehend vom gesetzlichen Befristungsschutz ausgenommen. Um missbräuchliche Umwandlungen von unbefristeten Arbeitsverträgen in befristete zu verhindern, ist lediglich eine wirksame Befristung ausgeschlossen, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht (§ 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG). Ein solcher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn das Ende des vorherigen Arbeitsvertrages im Zeitpunkt des Beginns des neuen Arbeitsvertrages noch keine sechs Monate zurückliegt (§ 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG). Dagegen ist ein vorangehender befristeter Arbeitsvertrag nicht schädlich, selbst wenn es sich dabei um einen Vertrag ohne sachlichen Grund nach § 14 Abs. 2 TzBfG handelt.

In der Auseinandersetzung um diese Vorschrift wird teilweise angenommen, die Herausnahme der älteren Arbeitnehmer aus dem Befristungsschutz verstoße gegen das höherrangige Recht der Europäischen Gemeinschaft, das, insbesondere nach Inkraftsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie aus dem Jahre 2000,⁴⁸ ausdrücklich die Diskriminierung älterer Arbeitnehmer verbiete.⁴⁹ Tatsächlich ist die Freigabe der sachgrundlosen Befristung für Arbeitnehmer fortgeschritteneren Alters nicht unproblematisch, zumal sich mildere Alternativen wie etwa eine Relativierung des Kündigungsschutzes anbieten. Die Regelung dürfte gleichwohl wegen der empirisch festgestellten ausweglosen Lage älterer Arbeitnehmer, die vor wegen der im Kündigungsschutzgesetz verankerten Rechtsstellung keinen einstellungswilligen Arbeitgeber finden, vorübergehend sachlich gerechtfertigt sein.⁵⁰ Sollte sich aber während der Erprobungsphase der Regelung herausstellen, dass sie keinen signifikanten Einfluss auf die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer hat, dürfte sie nicht weiter aufrechterhalten werden können.

5. Formerfordernisse

Aus Gründen der Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber auch die Formerfordernisse bestätigt, die er seit dem Jahre 2000 an die Wirksamkeit eines befristeten Arbeitsvertrages knüpft. Danach bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages der Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG), das heißt, dass grundsätzlich eine Urkunde von beiden Arbeitsvertragsparteien unterzeichnet werden muss.

Das Formgebot bezieht sich allerdings nicht auf den gesamten Vertrag, sondern lediglich auf die Vereinbarung der Befristung. In der Praxis ist jedoch die Tendenz erkennbar, dass der befristete Arbeitsvertrag in vollem Umfang schriftlich abgeschlossen wird, zumal die wesentlichen Vertragsbedingungen ohnehin nach dem Nachweisgesetz aus dem Jahre 1995 schriftlich niederzulegen sind. Das Schriftformgebot gilt auch für die Verlängerung eines befristeten Vertrages.⁵¹

⁴⁸ Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000, Amtsblatt EG L 303 S. 16..

⁴⁹ In diesem Sinne etwa Däubler, Das umgesetzte Hartz-Modell: Bittere Pillen im Arbeits- und Sozialrecht, Arbeitsrecht im Betrieb 2003, 729 (732).

⁵⁰ Ebenso Preis/Gotthardt, Auswirkungen der Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse auf das Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZESAR 2001, 13 (17); Thüsing/Lambrich, Umsetzungsdefizite in § 14 TzBfG?, Betriebsberater 2002, 829 (831); Düwell, in: Düwell/Weyand, Hartz und die Folgen: Das neue Arbeits- und Sozialrecht, Rn. 205 ff. Düwell will aber zugleich die Ausnahmeregelung für befristete Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst nicht gelten lassen, vgl. aaO, Rn 211 f..

⁵¹ Preis/Gotthardt, NZA 2000, 348 (357).

Dem Schriftformerfordernis genügt, wenn bei einer kalendermäßigen Befristung das exakte Beendigungsdatum angegeben wird. Bei der Zweckbefristung ist zudem das Ereignis, dass zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll, Teil der Befristungsabrede und schriftlich genau zu bezeichnen.

Entspricht die Befristungsabrede dem Formerfordernis nicht, so kommt ein unbefristeter Arbeitsvertrag zu Stande. Und für den Fall, dass die Befristung im Übrigen, also materiell-rechtlich wirksam vereinbart wurde, kann der Vertrag jeder Zeit ordentlich gekündigt werden, wobei natürlich die Kündigungsschutzbestimmungen zu beachten sind.

6. Beteiligung der Arbeitnehmervertretung

In einem Land wie der Bundesrepublik Deutschland, in dem gewählten Arbeitnehmervertreter über umfangreiche Beteiligungsrechte, insbesondere nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), verfügen, stellt sich schließlich die Frage, wie es um deren Beteiligung beim Abschluss befristeter Arbeitsverträge bestellt ist.

Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung von Arbeitnehmern nach § 99 BetrVG. Er hat somit auch mitzuwirken bei der erstmaligen Beschäftigung eines befristet angestellten Arbeitnehmers. Auch wenn das befristete Arbeitsverhältnis über den vereinbarten Beendigungstermin hinaus fortgesetzt wird, ist eine neue Entscheidung über die Besetzung des Arbeitsplatzes zu treffen und der Betriebsrat wiederum zu beteiligen.

Noch nicht ist gesagt ist damit, wie weit das Beteiligungsrecht des Betriebsrats reicht. Verweigern kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung unter anderem, wenn diese gegen ein Gesetz oder einen Tarifvertrag verstößt (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz). Maßgeblich ist dabei, ob die Einstellung als solche rechtswidrig ist; auf die Unzulässigkeit einer arbeitsvertraglichen Regelung kommt es nicht an. Daher kann der Betriebsrat seine Zustimmung nicht mit der Begründung verweigern, die Befristung verstoße gegen die gesetzlichen Vorschriften. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz verbietet nämlich nicht die Beschäftigung, sondern nur die vereinbarte Beendigung.⁵²

Wie in der Vergangenheit besteht bei der Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses kein Beteiligungsrecht des Betriebsrats. Das Anhörungsrecht des Betriebsrats ist nach § 102 BetrVG auf den Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber beschränkt. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat aber anhören, wenn er eine Kündigung ausspricht, weil ein befristet abgeschlossener Arbeitsvertrag mangels Wirksamkeit der Befristung, also auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.

An diesen Grundsätzen hat auch das TzBfG nichts geändert. Es hat lediglich – da dies die Richtlinie vorsieht – den Arbeitgeber verpflichtet, den Betriebsrat über die Anzahl der befristet beschäftigten Arbeitnehmer und ihren Anteil an der Gesamtbelegschaft zu informieren (§ 20 TzBfG), um die Vertretungsmöglichkeiten für diese Arbeitnehmergruppe zu verbessern.

⁵² So bereits das Bundesarbeitsgericht bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes, vgl. BAG v. 28.6.1994, AP Nr. 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 4.

7. Gerichtliches Verfahren

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass das Gesetz auch Regelungen in verfahrensrechtlicher Hinsicht enthält. Damit zwischen den Arbeitsvertragsparteien rasch Rechtssicherheit über die Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrages besteht, hatten die Arbeitsgerichte bereits nach Inkrafttreten der ersten Gesetzesmaßnahmen zum befristeten Arbeitsvertrag Regeln für ein gerichtliches Verfahren entwickelt. Die Befristung eines Arbeitsvertrages musste danach innerhalb eines Zeitraums, der sich an eine Kündigungsschutzklage nach dem Kündigungsschutzgesetz anlehnte, vor dem Arbeitsgericht angefochten werden.

Diese Regeln hat der Gesetzgeber später aufgegriffen und zunächst im Beschäftigungsförderungsgesetz und jetzt im Teilzeit- und Befristungsgesetz fortgeschrieben. Danach hat der Arbeitnehmer, der die Unwirksamkeit einer Befristung geltend machen will, innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsvertrages Klage zu erheben (§ 17 TzBfG), die Praxis spricht von einer sogenannten Entfristungsklage. Wird diese Frist versäumt, gilt die Befristung als von Anfang an als wirksam.

IV. Fazit und Ausblick

Die Skizze über die Entwicklung und die aktuellen Rahmenbedingungen befristeter Beschäftigungsformen hinterlässt auf den ersten Blick ein durchaus widersprüchliches Bild: Befristete Beschäftigungsformen sind in Deutschland – wie den übrigen Industriestaaten im Kontext des gesetzlichen Kündigungsschutzes zu sehen. Mit der Erweiterung dieses Kündigungsschutzes mussten Umgehungstatbestände ausgeschlossen werden, um die Anwendung der gesetzlichen Vorgaben nicht zu gefährden. Diese Aufgabe hat in Deutschland über einen langen Zeitraum hinweg die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte übernommen. Der Gesetzgeber hat der Entwicklung dieses Prozesses sehr lange, insgesamt wohl zu lange ohne eine aktive Einflussnahme zugesehen und sich erst unter dem Zwang europäischer Vorschriften zu einer (Teil-)Kodifikation entschlossen.

Er hat sich dabei mit guten Gründen an den gewachsenen Grundsätzen, vor allem an den Fallgruppen der Rechtsprechung orientiert. Teilweise hat er die Befristungsmöglichkeiten erweitert. So sind etwa die Regelungen für ältere Arbeitnehmer so großzügig ausgefallen, dass eine Verletzung europarechtlicher Vorschriften in Betracht zu ziehen ist. Andererseits werden jetzt alle befristeten Arbeitsverträge, also auch die in Kleinbetrieben und kurzzeitige Beschäftigungen einer gesetzlichen Kontrolle unterworfen. Und die Befristung ohne Sachgrund wird an enge Voraussetzungen, insbesondere die der Neueinstellung, gebunden. Damit wird der Versuch des Gesetzgebers erkennbar, in Zeiten, die von einer Globalisierung der Produkt-, Kapital- und Arbeitsmärkte einerseits und von Massenarbeitslosigkeit andererseits bestimmt werden, sowohl dem Flexibilitätsbedürfnis der Unternehmen als auch dem Schutzbedürfnis abhängig Beschäftigter zu genügen: Das Teilzeit- und Befristungsgesetz weiß durch inhaltlich abgewogene und ausdifferenzierte Regelungen zu überzeugen. Erhebungen der Arbeitsmarktstatistik zeigen zudem, dass wohl nicht zuletzt unter dem

Eindruck der neuen gesetzlichen Vorschriften der deutliche Zuwachs in der Zahl der befristeten Arbeitsverhältnisse zwischenzeitlich zum Stillstand gekommen ist.⁵³

Die jüngsten Initiativen des Gesetzgebers, insbesondere die beabsichtigten Änderungen des Kündigungsschutzgesetzes, rechtfertigen diese Einschätzung nicht. Von ihnen dürfte eine weitere Zunahme befristeter Arbeitsverträge ausgehen. Die hektischen, sich in Detailregelungen verzettelnden Vorschläge lassen jedoch jede Konzeption in der Änderung der arbeitsrechtlichen Bestandschutzvorschriften vermissen. Sie erwecken den Eindruck, als sei alleine die Senkung der Zahlen in der Arbeitslosenstatistik von Interesse. Dies wird sich schon kurzfristig als wenig erfolgreich erweisen. Es ist vielmehr an der Zeit, dass sich der Gesetzgeber zu einer Generalrevision des inzwischen nicht mehr überschaubaren Kündigungsschutzrechts entschließt, bei der die Regelungen des bestehenden Befristungsrechts als Vorbild Verwendung finden könnten.

Univ.-Prof. Dr. Joachim Weyand, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Universität Ilmenau

⁵³ Dies gilt insbesondere, wenn man die Zahlen des Statistischen Bundesamtes für die Jahre 2000 und 2001 vergleicht, siehe dazu Statistisches Bundesamt, Leben und Arbeiten in Deutschland, Ergebnisse des Mikrozensus 2000, 2001, S. 28 f.