JURISTISCHE FAKULTÄT

UNIVERSITÄT HEIDELBERG
ZUKUNFT SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

# „Mehrfach befristete Arbeitsverhältnisse. Zur Problematik der Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse und der Zulässigkeit von Kettenbefristungen“

Dissertation vorgelegt von Markus Wiese

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels
Zweitgutachter: Prof. Dr. Mark Lembke

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

## I. Inhalt

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse und der Zulässigkeit von sog. Kettenbefristung. Der Begriff der Kettenbefristung umschreibt – etwas negativ konnotiert – das Aneinanderreihen mehrerer sachgrundbefristeter Arbeitsverhältnisse.

Ein Schwerpunkt der Arbeit liegt in der Erörterung der rechtlichen Voraussetzungen für die Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse. Unter anderem wird die Frage nach der Vereinbarkeit der zum größten Teil durch Richterrecht geprägten Rechtsprechung zur Verlängerung sachgrundloser befristeter Arbeitsverhältnisse mit den Vorgaben des § 14 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 TzBfG erörtert. Streit besteht hierbei insbesondere über den Zeitpunkt der Verlän-gerungsabrede, deren Inhalt und Umfang sowie der Formbedürftigkeit der Befristungsabrede. Hauptaugenmerk wird auf die Frage gerichtet sein, ob die Änderung materieller Vertragsinhalte (wie z.B. Arbeitszeit/Gehalt) im Zuge der Vertragsverlängerung befristungsschädlich ist.

Der zweite größere Komplex der Arbeit befasst sich mit der Zulässigkeit von Kettenbefristungen im Hinblick auf die Vorlagebeschlüsse des BAG vom 27.10./17.11.2010 und des LAG Köln vom 13.04.2010, die die Debatte zur Europarechtskonformität bestimmter Sachgründe nicht unerheblich angestoßen haben und letztlich ausschlaggebend für die Grundsatzentscheidung des EuGH vom 26.01.2012 waren. Der Fokus wird zunächst auf die Diskussion über die unmittelbare und mittelbare Berücksichtigungsfähigkeit vergangener Befristungen innerhalb der gerichtlichen Befristungskontrolle gerichtet sein. Umfassend wird hierbei auf die "neue" Rechtsmissbrauchsprüfung des BAG bei Kettenbefristungen eingegangen, die mit den beiden Entscheidungen vom 18.07.2012 Einzug ins nationale Befristungsrecht gefunden hat

Die wesentlichen Ergebnisse der Dissertation können durch nachfolgende Thesen zusammengefasst werden:

## II. Wesentliche Thesen

1. Die Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses verstößt gegen das in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG verankerte Anschlussverbot, wenn sie erst nach Ablauf der Befristung vereinbart wird und/oder sich nicht unmittelbar an den vorherigen Vertrag anschließt. Dies gilt selbst für den Fall, dass der Verlängerung nach dem übereinstimmenden Parteiwillen Rückwirkung beigemessen werden soll.

2. Eine Ausnahme von Ziffer 1 gilt für den Fall, dass die Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses nach dessen Beendigung durch einen gerichtlich protokollierten Vergleich i.S.d. § 278 Abs. 6 ZPO vereinbart wird oder dem Verlängerungsanspruch des Arbeitnehmers durch gerichtliche Entscheidung stattgegeben wird. Das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist in diesen Fällen teleologisch zu reduzieren.

3. Beschließen die Vertragsparteien im Zusammenhang mit der Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses die Änderung von materiellen Arbeitsbedingungen, sind die auf den Vertragsschluss gerichteten Erklärungen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB anhand eines objektiven Empfängerhorizonts dahingehend auszulegen, ob hiermit ein Neuabschluss oder die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses beabsichtigt ist.

4. Aus dem bloßen Übersenden des schriftlichen Arbeitsvertrages kann ohne zusätzlichen Erklärungsgehalt weder nach § 154 Abs. 2 BGB (analog) noch anhand der Auslegung von Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB abgeleitet werden, dass der Arbeitgeber die Vertragsverlängerung von der Einhaltung der Schriftform i.S.d. § 14 Abs. 4 TzBfG abhängig machen will. Im öffentlichen Dienst gibt es keine allgemeine "Auslegungsregel", dass Einstellungen stets an den obligatorischen Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags geknüpft sind.

5. Vereinbaren die Vertragsparten den Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses unter dem Vorbehalt seiner schriftlichen Niederlegung gemäß § 154 Abs. 2 BGB (analog), so stellt das durch Arbeitsaufnahme entstandene faktische Arbeitsverhältnis keine unzulässige Vorbeschäftigung i.S.d. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG dar.

6. Vereinbaren die Vertragsparten die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses unter dem Vorbehalt seiner schriftlichen Niederlegung gemäß § 154 Abs. 2 BGB (analog), so ist das Anschlussverbot i.S.d. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die verlängerte Befristungsabrede nicht wegen eines Verstoßes gegen These 1 nichtig ist.

7. Das Schriftformerfordernis i.S.d § 14 Abs. 4 TzBfG ist gewahrt, wenn die schriftliche Niederlegung im engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der rechtsverbindlich vereinbarten mündlichen Befristungsabrede erfolgt und sich damit der Abschluss bzw. die Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses nach dessen Gesamtschau als einheitliches Rechtsgeschäft darstellt. Dies ist der Fall, wenn die schriftliche Niederlegung spätestens vier Wochen nach Arbeitsaufnahme erfolgt und keine sonstigen objektiven Anhaltspunkte auf den Abschluss einer nachträglichen Befristung hindeuten.

8. Sofern die Voraussetzungen zur Nachholung der Schriftform vorliegen, hat der Arbeitgeber gleichwohl keinen Rechtsanspruch auf Unterzeichnung der nachträglich fixierten Befristungsabrede durch den Arbeitnehmer. Die Vereinbarung eines Schriftformvorbehaltes i.S.d. § 154 Abs. 2 BGB (analog) bleibt von These 7 unberührt.

9. Die Rechtsunwirksamkeit einer Befristung kann innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages ohne Rücksicht darauf, ob die Vertragsparteien zwischenzeitlich vorbehaltslos eine neue Befristungsabrede getroffen haben, durch Erhebung einer Befristungskontrollklage geltend gemacht werden.

10. Die rechtsmissbräuchliche Verwendungsweise einer Sachgrundbefristung ist indiziert, wenn in einem besonders gravierenden Ausmaß die Grenzen des § 14 Abs. 2 TzBfG (Gesamtdauer von zwei Jahren, dreimalige Verlängerung) kumulativ überschritten sind. Dies ist gemäß der Faktor-4-Formel der Fall, wenn eine Befristungsdauer von acht Jahren unter Abschluss von zwölf befristeten Arbeitsverträgen überschritten ist. Die Faktor-4-Formel ist keinesfalls starr zu verstehen und kann dahingehend modifiziert werden, dass das Ansteigen der Gesamtbefristungsdauer bei gleichzeitigem Absinken der Anzahl der zulässigen Befristungen, gleichwohl zu einem indizierten Rechtsmissbrauch führen kann.

11. Die Gesamtbefristungsdauer i.S.d. These 10 unterliegt der Neuberechnung, wenn zwischen den befristeten Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehr als vier Monaten liegt.

12. Im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG hat der betriebliche Dauerbedarf an Vertretungskräften auf die Wirksamkeit der Sachgrundbefristung keinen Einfluss. Das Bedürfnis an einer Vertretungskraft bleibt auch dann vorübergehend, wenn die Größe des betroffenen Unternehmens und die Zusammensetzung des Personals bei kollektiver Betrachtung darauf schließen lassen, dass der Arbeitgeber mit einem wiederholten oder ständigen Bedarf an Vertretungskräften im Betrieb oder in der Einrichtung konfrontiert ist. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, eine Personalreserve für Vertretungsfälle bereitzustellen.

13. Ist es dem Arbeitgeber rechtlich möglich und tatsächlich zumutbar, einen Arbeitnehmer unbefristet als Vertretungskraft für regelmäßig ausfallende Stammkräfte, welche die gleichen oder vergleichbare Aufgaben verrichten, einzustellen, begründet dies keinen gegen Unionsrecht verstoßenden ständigen Vertretungsbedarf. Gleichwohl kann dieser Umstand bei mehrfach befristeten Arbeitsverhältnissen innerhalb der Rechtsmissbrauchskontrolle der Vertretungsbefristung als besondere Komponente zu berücksichtigten sein.

14. Die Rechtsprechung des BAG zur "Unzulässigkeit der Dauervertretung" ist aufzugeben. Sofern der Arbeitgeber bei Vertragsschluss seine Absicht ggü. dem Arbeitnehmer erklärt, dass er ihn für eine noch nicht absehbare Vielzahl von Vertretungsfällen auf Dauer beschäftigten werde, hat dies keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Sachgrundes der Vertretung. Derartige Äußerungen können dem Arbeitnehmer – je nach Erklärungsgehalt – allerdings

einen Anspruch auf Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses oder gar auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis geben (vgl. These 20).

15. § 5 Nr. 1a) der am 18.03.1999 geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.06.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ist dahin auszulegen ist, dass ein sachlicher Grund i. S. dieser Rahmenvereinbarung auch dann gegeben sein kann, wenn dem befristet Beschäftigten – ohne tatsächliche Umorganisation der im Betrieb anfallenden Tätigkeiten – Aufgaben übertragen werden, die der Vertretene bislang nicht verrichtet hat, die ihm aber aufgrund des Direktionsrechts des Arbeitgebers hätten zugewiesen werden können. Voraussetzung hierfür ist, dass der Arbeitgeber zur Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen der zeitweiligen Arbeitsverhinderung der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft, lückenlos darlegen und beweisen kann, dass die vom Vertreter übernommenen Aufgaben, dem Vertretenen nach seiner Rückkehr tatsächlich und rechtlich zugewiesen werden könnten. Entgegen der Auffassung des BAG beschränkt sich die Prüfung des fiktiven Umsetzungsprozesses keineswegs nur auf generalisierende Umstände. Vielmehr bedarf es einer umfassenden (Inzident-) Kontrolle durch die Gerichte, ob der hypothetischen Ausübung des Direktionsrechts die individuellen Belange und Verhältnisse der Vertretenen entgegenstehen.

16. Die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Eintritt in das Rentenalter kann auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG gestützt werden, wenn ein wechselseitiges Interesse der Arbeitsvertragsparteien an der befristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegeben ist. In die Gesamtabwägung können im Wege eines Erst-Recht-Schlusses (argumentum e fortiori) grds. diejenigen Argumente einfließen, welche vom BAG zur Begründung der Wirksamkeit sog. Rentenaltersklauseln angeführt werden. Die abstrakte Betrachtungsweise, die das BAG aufgrund des zeitlichen Auseinanderfallens von Befristungsabrede und Rentenbezug zur Legitimation von Altersgrenzen heranzieht, wird im Falle der befristeten Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses nach Eintritt in das Rentenalter dadurch ersetzt, dass neben dem Bezug einer nicht völlig unangemessenen Grundsicherung des befristet Beschäftigten, alle bekannten Umstände des Einzelfalls konkret zu berücksichtigen sind.

17. § 41 S. 3 SGB VI stellt eine von Gesetzes wegen anerkannte Form der sachgrundlosen Verlängerung eines zuvor sachgrundbefristeten Arbeitsverhältnisses dar. Die Vorschrift ist als lex specialis ggü. § 14 TzBfG zu verstehen. Systematische und teleologische Aspekte sprechen dafür, die zu § 14 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 TzBfG ergangene restriktive Rechtsprechung des BAG zum Verlängerungsbegriff bei sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnissen nicht auf § 41 S. 3 SGB VI zu übertragen.
§ 41 S. 3 SGB VI verstößt in seiner gegenwärtigen Fassung, welche in unbegrenzter Anzahl und Dauer das mehrfache Herausschieben des Beendigungszeitraumes nach Erreichen des Renteneintrittsalters zulässt, gegen § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse.

18. Im Gegensatz zu §§ 1 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 3 S. 1 AÜG, die ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates begründen, wenn die Überlassung des Leiharbeitnehmers an den Entleiher nicht nur "vorübergehend" erfolgt, handelt es sich bei § 242 BGB i.V.m. § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete

Arbeitsverträge nicht um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses bzw. zum Abschluss eines weiteren sachgrundbefristeten Arbeitsverhältnisses nicht mit der Begründung verweigern, dass durch die Anzahl und Gesamtdauer vorheriger Befristungen eine rechtsmissbräuchliche Verwendungsweise indiziert sei.

19. Im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG ist in entsprechender Anlehnung an die Sonderbestimmung des § 30 Abs. 2 und 3 TVöD und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG zur rechtsmissbräuchlichen Verwendungsweise von Kettenbefristungen, eine tarifvertragliche Festlegung der zulässigen Gesamthöchstdauer sachgrundloser Befristungen auf bis zu fünf Jahre bei einer Anzahl von acht befristeten Arbeitsverträgen als verfassungsgemäß und europa-rechtskonform anzusehen.

20. Dem begründeten Anspruch des befristet beschäftigten Arbeitnehmers auf Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses nach Eintritt des kalendermäßig bestimmten Endtermins oder nach Zweckerreichung sind enge Grenzen gesetzt. Ein solcher lässt sich weder aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz noch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung im Falle einer fehlerhaften Prognose zur Rückkehr des Vertretenen ableiten. Eine entsprechende Anwendbarkeit des kündigungsrechtlichen Wiedereinstellungsanspruchs ist ebenfalls abzulehnen. Ein Fortsetzungsanspruch kann allerdings bestehen, wenn der Arbeitnehmer die Erklärungen und/oder Verhaltensweisen des Arbeitgebers als rechtsverbindliche Zusage verstehen durfte.

21. Die diskriminierende Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses aufgrund einer vor Ablauf der Befristung eingetretenen Schwangerschaft führt gemäß § 15 Abs. 6 AGG lediglich zu einem in Geld zu entschädigenden Schadensersatzanspruch und nicht zu einem Anspruch auf (befristete oder unbefristete) Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Ein Anspruch auf Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses besteht gemäß §§ 7 Abs. 2, 16 AGG nur dann, wenn die Befristungsabrede bei ihrem Abschluss als solche diskriminierend ist.
Auch Betriebsratsmitgliedern steht im Falle der diskriminierenden Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses oder der verweigerten Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis grds. nur ein Schadensersatzanspruch zu, der nicht im Wege der Naturalrestitution zu gewähren ist. § 78 S. 2 BetrVG eröffnet nur dann einen Anspruch auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, wenn die Befristungsabrede als solche aus diskriminierenden Gründen unwirksam ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer allein wegen seiner Betriebsratsmitgliedschaft lediglich die Verlängerung seines befristeten Arbeitsvertrages anstelle der Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis anbietet.