



Sachgrundlose Befristung: Rechtsprechungsänderung zum Vorbeschäftigungsverbot

von Rechtsanwalt Othmar K. Traber, Fachanwalt für Arbeitsrecht*

Das Bundesarbeitsgericht hat mit einem aktuellen Urteil vom 06.04.2011, zu der bislang lediglich die Pressemitteilung des Gerichts vorliegt (BAG, Urteil vom 06.04.2011, 7 AZR 716/09), in neuer Senatsbesetzung eine wichtige Entscheidung zum Befristungsrecht gefällt. Es gab die bis dato ständige Rechtsprechung zum ausnahmslos geltenden Vorbeschäftigungsverbot in § 14 Abs. 2 TzBfG auf.

I. Grundsätzliches

Bekanntlich können Arbeitsverhältnisse, zunächst nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz, nunmehr nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) auch lediglich für einen zeitlich begrenzten Zeitraum abgeschlossen werden. Nach statistischen Erhebungen wird derzeit bereits jedes zweite Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst lediglich befristet ausgeschrieben. Die Befristung des Arbeitsvertrages versetzt den Arbeitgeber in die Lage, über die Wartezeit für den allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 1 KSchG hinaus (sechs Monate) den eingestellten Arbeitnehmer eingehend auf seine Fähigkeiten im Arbeitsverhältnis, und also im Alltag, zu prüfen. Gerade für Tätigkeiten, für die ein Hochschulstudium Voraussetzung ist und die komplexere Aufgaben zum Gegenstand haben, ist die vielfach vereinbarte Probezeit von sechs Monaten (die wegen der zwingenden gesetzlichen Vorschrift des Kündigungsschutzgesetzes auch nicht verlängerbar ist, da ansonsten der allgemeine Kündigungsschutz, soweit die entsprechende Betriebsgröße erreicht wird, einsetzt) schlichtweg zu kurz, um sich ein Bild über die Fähigkeiten des neu eingestellten Arbeitnehmers machen zu können. Im Zweifel wird man als Anwalt dem Mandanten bei Unsicherheit über die bisher gezeigten Leistungen eher raten, das Arbeitsverhältnis noch innerhalb der Wartezeit zu beenden, als ein paar Monate später festzustellen, dass eine gemeinsame Zukunft nicht besteht. Denn dann ist eine Kündigung nur unter deutlich erschwerten Voraussetzungen noch möglich und kann mithin in aller Regel eine Trennung nur über einen teuren Abfindungsvergleich vollzogen werden. Gerade in diesem Bereich bietet die Möglich-

keit, ein Arbeitsverhältnis für einen längeren Zeitraum zu befristen, für den Arbeitgeber einen Ausweg und kann darüber hinaus auch durchaus dem Arbeitnehmer nützen, der andernfalls womöglich entweder gar nicht eingestellt würde oder gezwungen wäre, innerhalb kurzer Frist (und damit für ihn vielleicht innerhalb zu kurzer Frist) seine Fähigkeiten unter Beweis zu stellen.

Das deutsche Befristungsrecht sieht als Regelfall grundsätzlich die Befristung aufgrund eines Sachgrundes vor. Das TzBfG hält hierzu einen Katalog von acht Sachgründen vor, der jedoch nicht abschließend ist. Flankiert werden diese Sachgrundbefristungen noch über Befristungsmöglichkeiten aus anderen Spezialgesetzen. Hier sei exemplarisch die Elternzeitvertretung gemäß § 21 BEEG genannt. Da jedoch die Befristung unter Zugrundelegung eines Sachgrundes nicht ohne Schwierigkeiten in der Praxis ist, insbesondere häufig bei der Einstellung zur Vertretung oder wegen vorübergehender Auftragsspitzen die Anforderungen an die vom Arbeitgeber anzustellende Prognose für den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs nach Ablauf der Befristungszeit von den Gerichten hoch angesetzt werden, bietet die vom Gesetz in § 14 Abs. 2 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der befristeten Einstellung oftmals einen adäquaten und ausreichenden Ausweg. Danach ist die Befristung eines Arbeitsvertrages bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren möglich, ohne dass ein besonderer Grund für die Befristung vom Arbeitgeber ins Feld geführt werden müsste. Innerhalb dieser Zeitspanne kann das Arbeitsverhältnis dreimal verlängert werden. Für Neugründungen hat der Gesetzgeber diese Frist sogar verdoppelt.

Um jedoch Missbrauch zu vermeiden, insbesondere zu verhindern, dass sogenannte Kettenarbeitsverträge, also mehrere befristete Arbeitsverträge hintereinander, abgeschlossen werden können, hat der Gesetzgeber hier eine Sperre eingebaut.

§ 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG lautet: *„Eine Befristung nach S. 1 (sachgrundlose Befristung, Anm. des Autors) ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits*



zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.“

Diese Vorschrift hat mannigfaltige Folgen. Insbesondere im Zusammenspiel mit § 14 Abs. 4 TzBfG, wonach die Befristung des Arbeitsvertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf, existieren gerade durch die Rechtsprechung des 7. Senats des BAG eine Menge Fallstricke für den Arbeitgeber. So ist beispielsweise bei einer Verlängerung des Arbeitsvertrages innerhalb der Zwei-Jahre-Frist unbedingt darauf zu achten, dass im Rahmen dieser Verlängerung keine Änderung der materiellen Arbeitsbedingungen außer der Beendigungsfrist vorgenommen wird. Selbst wenn man zugunsten des Arbeitnehmers Regelungen abändert (beispielsweise eine Lohnerhöhung anlässlich der Verlängerung des befristeten Vertrages vornimmt), führt dies bereits dazu, dass die Rechtsprechung nicht mehr von einer „Verlängerung“ des zuvor bestandenen befristeten Arbeitsvertrages ausgeht, sondern in der Vereinbarung der Verlängerung den Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrages sieht, dessen Befristungsabrede dann jedoch unwirksam ist, weil zuvor ja bereits ein Arbeitsverhältnis befristeter Natur bestanden hat. Dies ist nur eine der möglichen Fallen, in die man als Arbeitgeber tappen kann.

Das Vorbeschäftigungsverbot brachte zudem auch mit sich, dass sich möglicherweise lange zurückliegende Arbeitsverhältnisse als schädlich auswirken können, beispielsweise wenn ein Arbeitnehmer während seines Studiums als Werkstudent bei dem späteren Arbeitgeber gejobbt hatte und nun womöglich ein oder zwei Jahrzehnte später dort eine befristete Stelle antreten wollte, ohne dass hierfür ein Sachgrund vom Arbeitgeber herangezogen werden könnte.

Allerdings gibt es zwei bedeutende Ausnahmen vom Vorbeschäftigungsverbot, die die schädlichen Folgen für die Praxis etwas milderten:

- Ein Ausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz BBiG gilt nicht als Arbeitsverhältnis im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Die Rechtsprechung differenziert hier und sieht (zu Recht), dass ein Ausbildungsverhältnis nicht zum Gegenstand hat, dass seitens des Auszubildenden eine Arbeitsleistung gegen Bezahlung erbracht wird, sondern dass nach dem Berufsbildungsgesetz im Vordergrund die Vermittlung der für den Beruf notwendigen Fertigkeiten steht. Eine sachgrundlose Befristung im Anschluss an ein abgeschlossenes Berufsausbildungsverhältnis ist daher möglich, wobei bereits § 14 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 TzBfG die Möglichkeit der Sachgrundbefristung im Anschluss an eine Ausbildung vorsieht.

- Der Arbeitnehmer wurde zuvor in einem ersten Betrieb beschäftigt und soll nun in einem weiteren Betrieb des Arbeitgebers befristet ohne Sachgrund beschäftigt werden. Soweit es sich bei den beiden Betrieben um zwei verschiedene juristische Personen handelt, etwa zwei verschiedene GmbHs desselben Gesellschafters, kann ein Arbeitnehmer auch in einer solchen Struktur miteinander verflochtener Unternehmen jeweils neu befristet eingestellt werden, da § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ausdrücklich von „demselben Arbeitgeber“ spricht, womit nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stets dieselbe natürliche oder juristische Person als Arbeitgeber gemeint ist, ohne dass es auf die Gesellschafterverhältnisse ankommt.

Im Übrigen waren jedoch bislang den Vertragsparteien die Hände gebunden, wenn jemals zuvor ein Arbeitsverhältnis zwischen ihnen bestanden hatte.

II. Die Entscheidung

Noch im Jahr 2009 hatte das Bundesarbeitsgericht in der alten Besetzung des 7. Senats eine Nichtzulassungsbeschwerde einer Arbeitgeberin, eines Bundesministeriums, zurückgewiesen. Das Ministerium hatte die Klägerin im Jahr 2006 für zwei Jahre ohne Sachgrund befristet eingestellt, obwohl diese bereits 10 Jahre zuvor vom 01.03.1995 bis 29.02.1996 befristet beim Ministerium beschäftigt worden war. Das Ministerium verlor in beiden Tatsacheninstanzen. Die gegen das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BAG durch Beschluss zurückgewiesen (BAG, Beschluss vom 29.07.2009, 7 AZN 368/09). Das BAG verwies auf seine bisherige Rechtsprechung, dass es auf den zeitlichen Abstand zwischen dem früheren Arbeitsverhältnis und dem nunmehr ohne Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis ebenso wenig ankomme, wie auf die Art der vorherigen Tätigkeit. Es ließ kein Zweifel daran, dass es dieser Rechtsfrage zur zeitlichen Reichweite des Anschlussverbots in § 14 Abs. 2 TzBfG keine grundsätzliche Bedeutung zumesse, da diese Frage nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr klärungsbedürftig sei.

Keine zwei Jahre später vollzieht nun das Bundesarbeitsgericht eine vollständige Kehrtwende. Es vertritt jetzt nach der vorliegenden Pressemitteilung die Auffassung, dass das Vorbeschäftigungsverbot nicht „bis in alle Ewigkeit“ gilt. Die Pressemitteilung hebt an mit einem Satz, der vermutlich der neue Leitsatz der Entscheidung werden wird:



„Der Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund bis zu zwei Jahre zu befristen, steht eine frühere Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht entgegen, wenn diese mehr als drei Jahre zurückliegt.“

Welchen Fall hatte das BAG zu entscheiden? Die Klägerin war beim beklagten Freistaat (Sachsen) bereits während ihres Studiums vom 01.11.1999 bis 31.01.2000 für insgesamt 50 Stunden als studentische Hilfskraft angestellt gewesen. 6 ½ Jahre später wurde die Klägerin dann vom 01.08.2006 bis 31.07.2008 als Lehrerin befristet eingestellt. Gegen die Befristung des Arbeitsverhältnisses hat die Klägerin sodann Befristungskontrollklage erhoben. Das Arbeitsgericht hatte die Klage noch damit abgewiesen, dass tatsächlich ein Befristungsgrund vorgelegen habe, da die Klägerin im Anschluss an ihr Studium eingestellt worden war und sich daher der beklagte Freistaat auf die Befristungsmöglichkeit in § 14 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 TzBfG (siehe oben) berufen könne. Dem folgte auch das LAG in seiner Begründung und stellte zudem noch fest, dass es sich bei dem Referendariat der Klägerin um eine Berufsausbildung im Sinne des BBiG handelte, so dass es sich bei der im Anschluss daran erfolgten Einstellung beim Freistaat Sachsen um eine Anschlussbeschäftigung im Sinne des TzBfG handele. Weiter führte das LAG noch aus, dass es unschädlich war, dass der Befristungsgrund in der schriftlichen Abrede nicht enthalten war, da der Sachgrund selbst keiner Vereinbarung bedarf und also im schriftlichen Arbeitsvertrag nicht auftauchen muss. Der Beklagten war es damit nicht verwehrt, sich im späteren Prozess auf diesen Sachgrund zu berufen. Das LAG verwies in diesem Zusammenhang jedoch ausdrücklich darauf, dass eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG für die Dauer von zwei Jahren im Ausgangsfall ausgeschlossen war, da zwischen den Parteien unstrittig in der kurzen Zeitspanne von November 1999 bis Januar 2000 ein Arbeitsverhältnis bestanden hatte. Das LAG ließ die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zu, so dass das BAG Gelegenheit hatte, über die Rechtsfragen insgesamt zu entscheiden.

Anders als die Vorinstanzen hob das BAG aber nicht nur darauf ab, inwieweit sich hier die Beklagte des Sachgrundes der Anschlussbeschäftigung berufen konnte und ob es sich beim Referendariat tatsächlich um eine Berufsausbildung im Sinne des BBiG und des TzBfG handelte, sondern führte nunmehr aus, dass offensichtlich bereits eine sachgrundlose Befristung zulässig gewesen wäre. Es judizierte, dass eine solche „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne der Vorschrift nicht vorliege, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliege, was im vorliegenden Fall unstrittig so gewesen war. Das BAG begründete seine Auffassung damit, dass sich dies aus einer am Sinn und Zweck orientierten verfassungskonformen Ausle-

gung der gesetzlichen Regelung ergeben müsse. Denn die sachgrundlose Befristung soll dem Arbeitgeber ermöglichen, auf schwankende Auftragslagen durch befristete Einstellungen reagieren zu können und für Arbeitnehmer eine Brücke zur Dauerbeschäftigung zu schaffen. Andererseits sollen – wie bereits dargestellt – Befristungsketten und der Missbrauch befristeter Arbeitsverträge verhindert werden. Das BAG stellte aber auch in Rechnung, dass ein strenges Vorbeschäftigungsverbot, so wie es vom 7. Senat bislang judiziert wurde, auch zu einem Einstellungshindernis werden könne, so dass dies die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die damit verbundene Einschränkung der Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers nicht mehr zu rechtfertigen vermögen. Die Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten bestünde regelmäßig dann nicht mehr, wenn zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem sachgrundlos befristeten neuen Arbeitsvertrag eine ausreichend lange Zeitspanne liege, so wie es im Übrigen auch früher das Beschäftigungsförderungsgesetz einmal vorgesehen hatte. Das Gericht stellt dabei auf die regelmäßige zivilrechtliche Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB ab, so dass diese gesetzgeberische Wertung auch für die Frage der unschädlichen Zuvor-Beschäftigung herangezogen werden könne.

III. Fazit

Der 7. Senat des BAG hat unter neuem Vorsitz die bereits seit Jahren in der Literatur vorgebrachten Bedenken gegen die bisherige Rechtsprechung gehört und nunmehr eine praxisnahe Entscheidung zum Vorbeschäftigungsverbot getroffen. Es war vom Gesetzeszweck her betrachtet noch nie einsichtig, dass jeder noch so kurze Arbeitsvertrag in grauer Vorzeit den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit nehmen sollte, eine erneute sachgrundlose befristete Beschäftigung zu vereinbaren. Der Gesetzgeber wollte mit dem Verbot der Zuvor-Beschäftigung ausdrücklich lediglich Missbräuche und Kettenarbeitsverträge verhindern und hat sich daher darauf beschränkt, innerhalb der Höchstfrist von zwei Jahren eine Verlängerungsmöglichkeit von drei Jahren des befristeten Vertrages vorzusehen. Eine solche Missbrauchsmöglichkeit ist aber dann nicht zu sehen, wenn bereits geraume Zeit zwischen der ursprünglich befristeten oder unbefristeten Beschäftigung und dem neuen befristeten Arbeitsverhältnis verstrichen ist. Dabei ist auch die Heranziehung der regelmäßigen Verjährungsfrist nachvollziehbar, da hierdurch der Gesetzgeber bereits zum Ausdruck gebracht hat, dass nach dem Ablauf dieser Frist bei Vertragsverhältnissen gleichsam „die Uhren wieder auf Null gestellt werden“.



Der vom BAG entschiedene Fall ist dabei ein besonders beredtes Beispiel für die Unsinnigkeit der bisherigen Rechtsprechung gewesen. Denn die dortige Klägerin war 6 ½ Jahre zuvor für eine kurze Zeit von 50 Stunden als studentische Hilfskraft beschäftigt worden. Nunmehr sollte sie jedoch in Vollzeit als Lehrerin eingesetzt werden. Mit gesundem Menschenverstand wäre nicht zu erklären gewesen, warum eine jahrelang zurückliegende Aushilfstätigkeit nunmehr die Möglichkeit des Abschlusses eines befristeten Vertrages verhindern können sollte. Besonders ärgern wird sich aber vermutlich das Bundesministerium, das noch im Jahr 2009 mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BAG scheiterte. Denn wie bereits erwähnt lagen im dort zu entscheidenden Sachverhalt zwischen der Zuvor-Beschäftigung und dem späteren befristeten Arbeitsvertrag sogar 10 Jahre, die damals dem BAG aber nicht reichten, um auf die Beschwerde hin wenigstens die Revision zuzulassen. Für alle anderen Rechtsanwender gilt indessen: „Besser spät, als nie.“

Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer (Ostfriesland)
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

* **Othmar K. Traber** studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bonn und ist seit 2004 als Rechtsanwalt zugelassen. Er war ab 2005 als Syndikus in einem Arbeitgeberverband in Berlin und dort insbesondere im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht tätig. Zuletzt leitete er die Rechtsabteilung des Verbandes und war schwerpunktmäßig mit der Restrukturierung von mittelständischen Unternehmen und mit kollektivrechtlichen Rechtsstreitigkeiten befasst. Seit 2009 ist er auch Fachanwalt für Arbeitsrecht. Herr Traber trat 2010 in unsere Sozietät ein und verstärkt unsere arbeitsrechtliche Praxisgruppe.