

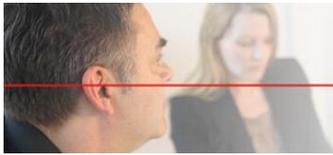


BGHP Betriebsrats-Update: Info für Arbeitnehmer\*innenrechte (8/2020)

## **Befristung – Überblick und aktuelle Entwicklungen –**

Ein Beitrag von Rechtsanwalt Christian Lunow  
Fachanwalt für Arbeitsrecht





## Befristung – Überblick und aktuelle Entwicklungen

In der Arbeitswelt ist es (leider) weit verbreitet, Verträge zu „befristen“. Es kann sich dabei um eine sog. Zeitbefristung oder um eine sog. Zweckbefristung handeln. Darüber hinaus unterscheidet man zwischen Befristungen, für die es eines Sachgrundes bedarf und Befristungen, die sachgrundlos möglich sind.

Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der vertraglich vereinbarten Befristung. Mit Ablauf des Befristungszeitraums (sog. Zeitbefristung) bzw. mit Erreichung des Zwecks (sog. Zweckbefristung) endet das Arbeitsverhältnis, ohne dass eine Kündigung erforderlich wäre.

Endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf eines bestimmten Zweckes (z.B. Ende Elternzeit, Krankheit, Fertigstellung eines Bauwerkes, etc.), so muss der Arbeitgeber das Auslaufen des Arbeitsvertrages mindestens zwei Wochen vorher mitteilen. Geregelt ist dies in [§ 15 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz](#) (nachfolgend kurz „TzBfG“). Dadurch soll für den\*die Arbeitnehmer\*in wenigstens eine minimale Planungssicherheit sichergestellt werden.

Für die Arbeitgeberseite haben Befristungen und damit „automatisch“ auslaufende Verträge den Vorteil, dass die Regelungen zum Kündigungsschutz nicht zu beachten sind, da eine Kündigung ja gerade nicht ausgesprochen werden muss. Um dennoch einen gesetzlichen Schutz für befristet Beschäftigte zu gewährleisten, gibt es Schutzregeln im TzBfG.

Für Arbeitnehmer\*innen bedeuten befristete Verträge hingegen ständige Planungsunsicherheit und Angst vor einer drohenden Arbeitslosigkeit. Sie wissen bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages, dass ihr Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten oder bestimmbareren Zeitpunkt enden wird, wenn nicht vorher eine Verlängerung vereinbart wird. Die Angst vor einer drohenden Arbeitslosigkeit kann sich negativ auf die Gesundheit auswirken, auf die wir aktuell ganz besonders angewiesen sind.

Befristungsrecht ist **Arbeitnehmer\*innenschutzrecht**, d.h. Arbeitnehmer\*innen sollen durch erhöhte Formerfordernisse zunächst auf die Rechtsfolgen bzw. Besonderheiten einer Befristung aufmerksam werden (z.B. das „automatische“ Auslaufen des Vertrages) und durch verschiedene Regelungen im TzBfG vor „ausufernden“ Befristungen (z.B. vor Kettenbefristungen) geschützt werden.



Die gesetzliche Beschränkung befristeter Beschäftigungsformen trägt der sich aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) ergebenden Pflicht des Staates zum Schutz der strukturell unterlegenen Arbeitnehmer\*innen und dem Sozialstaatsprinzip der [Art. 20 Abs. 1](#), [Art. 28 Abs. 1 GG](#) Rechnung. Zum Schutz des\*der Arbeitnehmer\*s\*in ist es dem Arbeitgeber deswegen untersagt, nach Lust und Laune befristete Verträge abzuschließen! Vielmehr sind bei der Befristung von Arbeitsverträgen die nachfolgend erläuterten Spielregeln zu beachten:

## **Welche Formerfordernisse gelten für befristete Arbeitsverträge?**

Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform, [§ 14 Abs. 4 TzBfG](#). In [§ 126 BGB](#) ist zur Schriftform Folgendes geregelt:

*„Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.“*

D.h. beide Parteien müssen den Arbeitsvertrag unterschreiben oder die Vereinbarung vom Notar beglaubigen lassen, was bei befristeten Arbeitsverträgen in der Praxis selten bis gar nicht vorkommen dürfte. Der Regelfall bleibt daher die beidseitige Unterschrift. Das Schriftformerfordernis des [§ 14 Abs. 4 TzBfG](#) gilt nur für die Befristung des Arbeitsvertrags, nicht aber für den Arbeitsvertrag insgesamt.

Schließen die Parteien nur mündlich einen befristeten Arbeitsvertrag, ist die Befristung nach [§ 125 Satz 1 BGB](#) nichtig. Das bedeutet aber nicht, dass gar kein Arbeitsverhältnis begründet wurde – stattdessen gilt der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen!

Die Rechtsprechung des BAG (vgl. nur BAG, Urteil v. 14.12.2016 – 7 AZR 142/15) fordert zur Wirksamkeit einer Befristung zudem, dass

1. die Unterschrift muss vor Arbeitsaufnahme oder vor Beginn der Verlängerung erfolgen muss

und

2. dass die Parteien auf derselben Urkunde unterschreiben müssen und diese unterschriebene Urkunde den Parteien jeweils vor Arbeitsantritt zugegangen sein muss.



**Beispiel:** Unterschreibt der Arbeitgeber zwei Arbeitsverträge und sendet dem\*der Arbeitnehmer\*in ein unterschriebenes Dokument zu, so reicht es zur Wahrung der Schriftform nicht aus, wenn der\*die Arbeitnehmer\*in dieses Dokument ebenfalls noch vor Arbeitsantritt unterschreibt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Arbeitgeber dieses beidseits unterschriebene Dokument vor Arbeitsantritt ebenfalls erhalten hat.

Nach [§ 126 Abs.3 BGB](#) kann die schriftliche Form auch durch die elektronische Form ersetzt werden, dies setzt gemäß [§ 126a BGB](#) allerdings die beiderseitige Verwendung einer "qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz" voraus. Wirklich praxisrelevant ist diese Vorgehensweise (noch) nicht.

## **Gibt es weitere Voraussetzungen, die an befristete Arbeitsverhältnisse gestellt werden?**

Das TzBfG sieht eine Menge weiterer Vorgaben für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge vor. Ein Arbeitsverhältnis kann danach nur befristet werden, wenn

1. ein sachlicher Grund hierfür vorliegt ([§ 14 Abs. 1 TzBfG](#)) (sog. **Sachgrundbefristung**)

oder

2. die Befristung auch ohne sachlichen Grund unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist ([§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG](#)) (sog. **sachgrundlose Befristung**).

Das Gesetz unterscheidet danach zwischen einer Befristung mit Sachgrund und einer Befristung ohne Sachgrund.

## **Welche Sachgründe gibt es?**

Das TzBfG gibt in [§ 14 Abs. 1](#) einen Katalog etwaiger Sachgründe vor:

*„Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn*

1. der **betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht,**
2. die Befristung **im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,**



3. *der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird,*
4. *die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt,*
5. *die Befristung zur Erprobung erfolgt,*
6. *in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen,*
7. *der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird oder*
8. *die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.“*

Der Katalog der Sachgründe ist nicht abschließend, was an der Formulierung „insbesondere“ deutlich wird.

## **zu 1. Was versteht man unter einem vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung?**

Voraussetzung für einen vorübergehenden Bedarf ist, dass von vornherein feststeht, dass Arbeitskräfte lediglich für eine bestimmte Aufgabe benötigt werden. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein bestimmtes Projekt oder ein mit einer erhöhten Produktion verbundener Auftrag ansteht. In diesen Fällen darf ein Arbeitsvertrag mit sachlichem Grund befristet abgeschlossen werden. Ein vorübergehender Bedarf besteht klassischerweise auch bei sog. saisonbedingten Arbeiten, z.B. für bestimmte Erntezeiten.

Wird lediglich Personal benötigt, um etwaige Arbeitsrückstände zu bewältigen, soll nach Auffassung des BAG eine Befristung mit dem Sachgrund „vorübergehender Bedarf“ unzulässig sein (vgl. BAG, Urteil vom 17.03.2010 – 7 AZR 640/08).

## **zu 2. Wann ist die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium ein zulässiger Sachgrund?**

Ein\*e Mitarbeiter\*in, der\*die gerade seine\*ihre Ausbildung oder sein\*ihr Studium beendet hat, darf befristet beschäftigt werden, wenn dadurch der Übergang in eine Anschlussbeschäftigung erleichtert werden soll. Dieser Sachgrund darf nach der Rechtsprechung des BAG allerdings nur einmal gewählt werden (vgl. BAG, Urteil vom 10.10.2007 – 7 AZR 795/06).



### **zu 3. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Befristung wegen „Vertretung“ zulässig?**

Der Begriff „Vertretung“ ist eigentlich selbsterklärend: fällt ein\*e Mitarbeiter\*in für einen bestimmten Zeitraum aus, z.B. wegen Krankheit, Mutterschutz oder Elternzeit, so darf zur Vertretung ein mit Sachgrund befristeter Vertrag geschlossen werden. Eine solche Befristung ist zulässig, wenn der Arbeitgeber davon ausgeht, dass der\*die Kolleg\*in für eine längere Zeit fernbleibt.

### **zu 4. Was ist unter „Eigenart“ der Arbeitsleistung zu verstehen?**

Eine Befristung mit Sachgrund soll nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG](#) auch dann zulässig sein, wenn die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt. Die Rechtsprechung fasst darunter verschiedene Berufsgruppen, z.B. Profisportler\*innen, Musiker\*innen und Schauspieler\*innen.

### **zu 5. Unter welchen Voraussetzungen ist einer Befristung „zur Erprobung“ zulässig?**

Nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG](#) ist ein anerkannter Sachgrund die „Erprobung“. Erfasst sind davon Neueinstellungen, wobei die Arbeitnehmer\*innen einen sog. Probearbeitsvertrag erhalten, um den Arbeitgeber zu überzeugen, dass sie fachlich und persönlich für die Position geeignet sind.

Abzugrenzen ist ein befristeter Probearbeitsvertrag von einem unbefristeten Arbeitsvertrag mit vereinbarter Probezeit. Unbefristete Verträge mit einer vereinbarten Probezeit können mit einer verkürzten Frist gekündigt werden ([§ 622 Abs. 3 BGB](#)). Befristete Probearbeitsverträge laufen hingegen aus, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Die Dauer der Befristung muss allerdings erforderlich und angemessen sein. Im Regelfall ist hierbei höchstens ein Zeitraum von sechs Monaten zulässig. Handelt es sich hingegen um einen längeren Zeitraum, so ist der Arbeitgeber im Zweifelsfall verpflichtet, dies entsprechend zu begründen.

### **zu 6. Was sind „in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe“, die eine Befristung rechtfertigen können?**

Maßgeblicher Prüfungsmaßstab für „in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe“ ist die Frage, ob der\*die Arbeitnehmer\*in sich auch dann für einen befristeten Vertrag entscheiden würde, wenn der Arbeitgeber zugleich einen unbefristeten Vertrag anbieten



würde. In der Praxis trifft liegt dieser Befristungsgrund eher selten tatsächlich vor. Erfasst sind davon z.B. Überbrückungsfälle, in denen feststeht, dass die Arbeitskraft nur für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt werden kann, z.B. weil im Anschluss ein Studium oder ein längerer Auslandsaufenthalt geplant ist.

## **zu 8. Die Befristung aufgrund eines gerichtlichen Vergleiches**

Häufiger kommt es in der Praxis allerdings vor, dass im Rahmen eines gerichtlichen Vergleiches eine Befristung vereinbart wird. Eine solche Befristung ist in aller Regel „wasserdicht“.

## **Welche Voraussetzungen gelten für die sachgrundlose Befristung?**

Für die sachgrundlose Befristung gelten zunächst die gleichen Formerfordernisse, wie für die Sachgrundbefristung, vor allem das o.g. Schriftformerfordernis.

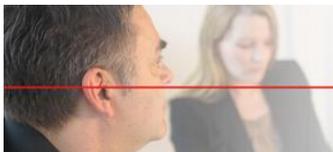
Nach [§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG](#) ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig.

Nach [§ 14 Abs. 2 Satz 1, 2. HS TzBfG](#) ist bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Auch jede „Verlängerung“ der Befristungsabrede muss schriftlich fixiert sein, damit sie wirksam ist. In der Praxis passieren dabei die meisten Fehler: Verlängerung bedeutet nämlich, dass nur ein zeitliches Hinausschieben zulässig ist. Jede inhaltliche Änderung im Vertrag, z.B. eine Gehaltserhöhung oder Verlängerung von Kündigungsfristen, kann die Unwirksamkeit der Befristungsabrede und somit das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsvertrages zur Folge haben.

## **Was versteht man unter dem sog. Vorbeschäftigungsverbot?**

Nach [§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG](#) ist eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat:

*„Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.“*



Der Wortlaut der Norm ist nach dem Dafürhalten des Verfassers eindeutig: gab es bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien, so ist eine sachgrundlose Befristung generell ausgeschlossen.

Das BAG hatte [§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG](#) zunächst dahin ausgelegt, dass dieselben Arbeitsvertragsparteien nur bei der erstmaligen Einstellung eine sachgrundlose Befristung vereinbaren können. Jede spätere sachgrundlose Befristung sei gemäß [§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG](#) unwirksam (vgl. nur BAG, Urteil vom 06.11.2003 – 2 AZR 690/02).

Das BAG war 2011 dann allerdings anderer Auffassung, änderte seine ständige Rechtsprechung und schränkte die Norm, zu Lasten von Arbeitnehmer\*innen stark ein:

### **2011: BAG zur „verfassungskonformen Auslegung“ des Vorbeschäftigungsverbots**

Eine „Zuvor-Beschäftigung“ lag laut BAG dann nicht mehr vor, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als **drei Jahre** zurückliegt. Das BAG argumentierte u.a., dass dadurch die Berufswahlfreiheit gewährleistet sei und ein Einstellungshindernis vermieden werden soll (vgl. BAG, Urteil vom 06.04.2011, Az. 7 AZR 716/097).

Das BAG hatte in der vorgenannten Entscheidung konkret über eine dreimonatige Vorbeschäftigung einer Arbeitnehmerin entschieden. Die Klägerin war beim beklagten Freistaat als studentische Hilfskraft in einem zeitlichen Gesamtumfang von 50 Stunden angestellt. Dies sollte nach der damaligen Auffassung des BAG der sachgrundlosen Befristung des über sechs Jahre später geschlossenen Arbeitsvertrags als Lehrkraft nicht nach [§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG](#) entgegenstehen.

Nach der damaligen Auffassung des BAG ist der Wortlaut des [§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG](#), wonach „bereits zuvor“ bestehende Arbeitsverhältnisse entscheidend seien, nicht eindeutig, sondern könne etwa „jemals zuvor“, „irgendwann zuvor“ oder „unmittelbar zuvor“ bedeuten. Das BAG begründete seine Entscheidung weiter wie folgt:

*„Nach erneuter Prüfung hält der Senat an dem zeitlich völlig uneingeschränkten Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht fest. Unter Berücksichtigung aller Auslegungskriterien ist ein Verständnis der Vorschrift in dem Sinne geboten, dass das Zuvorbeschäftigungsverbot zeitlich eingeschränkt ist. Der Wortlaut und die Gesetzessystematik zwingen zu keiner*



*bestimmten Auslegung. Die Gesetzesgeschichte deutet eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Zuvorbeschäftigung. Dagegen sprechen der Normzweck, Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit sowie insbesondere verfassungsrechtliche Erwägungen für eine zeitliche Beschränkung des Verbots.“*

und weiter:

*„Gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig unbeschränkten Verbots spricht der **Zweck der Regelung. Dieser besteht darin, zu verhindern, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ missbraucht wird. Zur Verwirklichung dieses Zwecks bedarf es keines lebenslangen Anschlussverbots. Ein solches wäre vielmehr nach dem Normzweck überschießend.“***

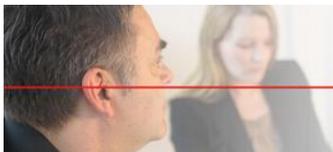
(Hervorhebung und Unterstreichung durch den Verfasser)

## **2018: Das Bundesverfassungsgericht kassiert BAG-Entscheidung**

Diese Rechtsprechung des BAG hielt einer Überprüfung des Bundesverfassungsgerichtes (nachfolgend kurz: „BVerfG“) nicht Stand: Für das BVerfG war die Auslegung des BAG nicht mehr vom Willen des Gesetzgebers gedeckt. Die richterliche Rechtsfortbildung dürfe den klar erkennbaren Willen nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen. Im Fall des Verbots der Vorbeschäftigung habe sich der Gesetzgeber erkennbar gegen eine Frist – in diesem Fall von drei Jahren – entschieden, entschied es (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.06.2018, Az. 1 BvL 7/14 (Vorlagebeschluss) und Az. 1 BvR 1375/14 (Verfassungsbeschwerde)).

Wesentlich für die Entscheidung des BVerfG waren zudem die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte der streitgegenständlichen Norm, welche nach Auffassung des BVerfG deutlich aufzeigten, welche gesetzgeberische Konzeption der Norm zugrunde liegt:

*„Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf des Teilzeit- und Befristungsgesetzes vom 24. Oktober 2000 sollte es weiterhin zulässig sein, einen Arbeitsvertrag ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zu befristen und einen zunächst kürzer befristeten Arbeitsvertrag innerhalb der zweijährigen Höchstbefristungsdauer höchstens dreimal zu verlängern. Die Erleichterung der Befristung von Arbeitsverträgen ermögliche es Unternehmen, auf eine unsichere und schwankende Auftragslage und wechselnde Marktbedingungen flexibel zu reagieren und sichere damit ihre Wettbewerbsfähigkeit.“*



Die befristete Beschäftigung sei vielfach auch eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und zugleich eine Brücke zur Dauerbeschäftigung (BTDrucks 14/4374, S. 13 f.). Unter der Überschrift „Einschränkung von Kettenverträgen“ heißt es dort weiter:

*„Die erleichterte Befristung eines Arbeitsvertrages ist künftig nur bei einer Neueinstellung zulässig, d.h. bei der erstmaligen Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber. Durch diese Einschränkung wird im Unterschied zum bisherigen Recht die theoretisch unbegrenzte Aufeinanderfolge befristeter Arbeitsverträge (Kettenverträge) ausgeschlossen. Solche Befristungsketten sind bisher möglich, weil ein Arbeitsvertrag ohne Sachgrund auch nach einer Befristung mit Sachgrund zulässig ist und nach einer mindestens viermonatigen Unterbrechung wiederholt abgeschlossen werden kann. Ebenso kann sich ein Vertrag mit Sachgrund unmittelbar an einen Vertrag ohne Sachgrund anschließen. Bei der nach neuem Recht nur einmaligen Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund wird der Arbeitgeber veranlasst, den Arbeitnehmer entweder unbefristet weiter zu beschäftigen oder bei weiter bestehendem nur vorübergehendem Arbeitskräftebedarf einen anderen Arbeitnehmer befristet einzustellen.“*

**Diese Ausführungen im Gesetzentwurf der Bundesregierung zeigen, dass zur Verhinderung von Kettenbefristungen den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung grundsätzlich nur einmal eröffnet werden sollte. Jedes frühere Arbeitsverhältnis sollte von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unabhängig davon erfasst werden, wie lange es zurückliegt.“**

(Hervorhebung durch den Verfasser)

Auslegungen des [§ 14 TzBfG](#) seien in Ausnahmefällen allerdings denkbar, so das BVerfG konkret:

*„Die Fachgerichte können und müssen aber in Fällen, in denen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Schutzes von vornherein nicht bedürfen, weil offensichtlich keine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Vorbeschäftigten besteht, den grundrechtlich geschützten Positionen der Beteiligten durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs Rechnung tragen, die*



*allerdings im Einklang mit dem sozialpolitischen Ziel des Schutzes der unbefristeten Beschäftigung als Regelfall stehen muss.“*

(Hervorhebung durch den Verfasser)

und weiter:

*„Die Einschränkung der sachgrundlosen Befristung soll eine für die soziale Absicherung der Beschäftigten wichtige **unbefristete Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform** im Normalfall sichern (vgl. BTDrucks 14/4374, S. 12). Sachgrundlose Befristungen werden nur als Ausnahme bei einer Neueinstellung gestattet (BTDrucks14/4374, S. 2).“ (Rn. 48)*

(Hervorhebung durch den Verfasser)

## **Verfassungskonforme Auslegung bei „unzumutbaren“ Fällen**

Das BVerfG hält also ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber für *unzumutbar*, soweit eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

Doch welche Fälle sollen das sein, in denen die Gefahr der Kettenbefristungen nicht besteht und zugleich die strukturelle Unterlegenheit nicht „ausgenutzt“ wird?

Um hier ein wenig Licht ins Dunkel zu bringen, lieferte das BVerfG mit der o.g. Entscheidung den Arbeitsgerichten auch Ausnahmen vom Verbot der Vorbeschäftigung an die Hand:

*„Das sich sonst in der Auslegung des Arbeitsgerichts aus § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ergebende Verbot der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrages kann insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung **sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist.**“ (Rn. 63)*

(Hervorhebung durch den Verfasser)

Konkret könnten das

- bestimmte geringfügige Nebenbeschäftigungen während der Schul- und/oder Studienzeit,
- die Tätigkeit von Werkstudierenden oder



- die **lang zurückliegende Beschäftigung** von Menschen, die sich später beruflich völlig neu orientieren, sein.

Das BVerfG gibt in seiner Entscheidung unbestimmte Rechtsbegriffe vor, die von den Arbeitsgerichten wiederum „mit Leben zu füllen“ sind.

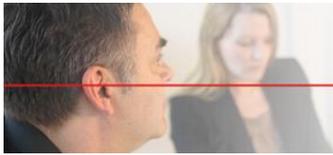
## Was versteht man unter einem „sehr lange“ zurückliegenden Zeitraum?

Was z.B. nun unter einem „sehr lang“ zurückliegenden Zeitrahmen zu verstehen ist, hat das BAG aktuell in einigen Entscheidungen thematisiert. Mit Urteil vom 23.01.2019 (Az. 7 AZR 733/16) hat das BAG zunächst die „Drei-Jahres-Rechtsprechung“ zum Vorbeschäftigungsverbot aufgegeben und zugleich entschieden, dass ein Zeitablauf von acht Jahren kein „sehr lange“ zurückliegender Zeitrahmen ist:

*„Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist bei der erneuten Einstellung eines Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber nur zulässig, wenn die Anwendung des in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestimmten Verbots der sachgrundlosen Befristung bei einer Vorbeschäftigung für die Arbeitsvertragsparteien **unzumutbar** wäre. In einem solchen Fall ist der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Wege verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift einzuschränken. **Dazu genügt allein ein Zeitablauf von acht Jahren seit dem Ende der Vorbeschäftigung nicht.** Der Senat gibt seine Rechtsprechung, wonach die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig ist, wenn die Vorbeschäftigung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber mehr als drei Jahre zurückliegt (BAG 21. September 2011 - 7 AZR 375/10 - BAGE 139, 213; 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - BAGE 137, 275), auf.“*  
(Unterstreichung und Hervorhebung durch den Verfasser)

Mit Urteil vom 20.03.2019 (7 AZR 409/16) hat das BAG diese Entscheidung bestätigt und erneut entschieden:

*„Im Zeitpunkt der erneuten Einstellung des Klägers lag seine Vorbeschäftigung nicht so lange zurück, dass die Nichtanwendung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfassungsrechtlich geboten wäre. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genügt es nicht, dass das Vorbeschäftigungsverhältnis*

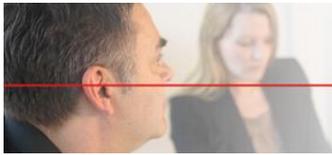


*lang zurückliegt, es muss vielmehr sehr lang zurückliegen. Das kann bei einem Zeitraum von ca. acht Jahren und neun Monaten nicht angenommen werden (zu einem Zeitraum von acht Jahren bereits BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 26; zu einem Zeitraum von knapp fünfeinhalb Jahren BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 13/17 - Rn. 23). Aufgrund dieses Zeitablaufs ist das Verbot der sachgrundlosen Befristung für die Arbeitsvertragsparteien nicht unzumutbar. Zwar dürfte bei dieser Zeitspanne eine Gefahr der Kettenbefristung eher gering sein. Allerdings würde die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung bei einer erneuten Einstellung acht Jahre und neun Monate nach dem Ende der Vorbeschäftigung allein wegen des Zeitablaufs den vom Gesetzgeber mit der Regelung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Zweck, das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten, gefährden (vgl. BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - und - 7 AZR 13/17 - jeweils aaO).“*

Das BAG hat diese Rechtsprechung erneut bestätigt und mit Urteil vom 17.04.2019 (7 AZR 323/17) gar entschieden, dass auch ein Zeitrahmen von mehr als 15 Jahren nicht ausreicht, um eine erneute sachgrundlose Befristung rechtswirksam vereinbaren zu können:

*„Im Zeitpunkt der erneuten Einstellung des Klägers lag seine Vorbeschäftigung entgegen der Ansicht der Beklagten nicht so lange zurück, dass die Nichtanwendung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfassungsrechtlich geboten wäre. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genügt es nicht, dass das Vorbeschäftigungsverhältnis lang zurückliegt, es muss vielmehr sehr lang zurückliegen. Das kann bei einem Zeitraum von etwas mehr als 15 Jahren - ohne das Hinzutreten besonderer Umstände - grundsätzlich nicht angenommen werden. Allein aufgrund dieses Zeitablaufs ist das Verbot der sachgrundlosen Befristung für die Arbeitsvertragsparteien nicht unzumutbar. Zwar dürfte bei dieser Zeitspanne eine Gefahr der Kettenbefristung nicht bestehen. Allerdings würde die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung bei einer erneuten Einstellung 15 Jahre nach dem Ende der Vorbeschäftigung allein wegen des Zeitablaufs den vom Gesetzgeber mit der Regelung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Zweck, das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten, gefährden.*

**Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren soziale Sicherung und insbesondere auch die Versorgung im Alter maßgeblich an die Erwerbstätigkeit anknüpft, sind auf langfristige und unbefristete**



**Arbeitsverhältnisse angewiesen** (BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 46). Die sachgrundlose Befristung soll daher nach der gesetzgeberischen Konzeption die Ausnahme bleiben, weil dies dazu beiträgt, das unbefristete Dauerarbeitsverhältnis als Regelfall der Beschäftigung zu erhalten (BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 49).“

(Hervorhebung durch den Verfasser)

In einer darauffolgenden Entscheidung (vgl. BAG, Urteil vom 21.08.2019 - 7 AZR 452/17) hat das BAG dann allerdings angenommen, dass ein 22 Jahre zurückliegendes Arbeitsverhältnis einer erneuten sachgrundlosen Befristung nicht entgegenstehe.

Im vom BAG zu entscheidenden Fall bestand zwischen den Parteien in der Zeit vom 22. Oktober 1991 bis zum 30. November 1992 ein Arbeitsverhältnis. Ausweislich des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 31. Oktober 1991 war die Klägerin als Aushilfsangestellte zur Vertretung bei einem „Arbeitsamt“ (heute: Agentur für Arbeit) eingestellt. Ihr war laut Verfügung vom 31. Oktober 1991 eine Tätigkeit als Hilfsbearbeiterin für Kindergeld zugewiesen. Nach dem Arbeitszeugnis gehörten zu den Aufgaben der Klägerin die entscheidungsreife Bearbeitung von Kindergeldanträgen, einfacher Schriftverkehr insbesondere durch die Verwendung von Formblättern sowie die Erteilung von telefonischen Auskünften in Kindergeldangelegenheiten.

Mit Wirkung zum 15. Oktober 2014 stellte die Beklagte die Klägerin erneut auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 1. Oktober 2014 zunächst befristet bis zum 30. Juni 2015 ein. Durch Änderungsvereinbarung vom 3. Juni 2015 wurde das Arbeitsverhältnis bis zum 30. Juni 2016 verlängert. Die Klägerin übte nun eine Tätigkeit als Telefonserviceberaterin im Servicecenter aus.

Anders als in den zuvor ergangenen BAG-Entscheidungen ist nun also nicht nur der Zeitraum zwischen den Arbeitsverträgen wesentlich länger, auch die Tätigkeit ist offensichtlich gänzlich anders geartet. Das BAG hat sich in seinen Entscheidungsgründen allerdings sehr stark an den 22 Jahren orientiert und gemeint, dass dies ein „sehr lang“ zurückliegender Rahmen sei, der dem Arbeitgeber eine Anwendung des Verbots der Vorbeschäftigung unzumutbar macht. Bei einer solchen Zeitspanne besteht nach der Auffassung des BAG keine Gefahr der Kettenbefristung.



Auch der vom Gesetzgeber mit der Regelung in [§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG](#) verfolgte Zweck, das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten, sei nicht gefährdet. Und weiter:

*„Bei der Frage, ob der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einer verfassungskonformen Einschränkung bedarf, ist zu beachten, dass die sachgrundlose Befristung bei der erneuten Einstellung eines Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber auf Ausnahmefälle beschränkt ist (BAG 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16 - Rn. 26). Das bleibt gewährleistet, wenn dieselben Arbeitsvertragsparteien nach 22 Jahren erneut einen Arbeitsvertrag mit einer sachgrundlosen Befristung abschließen können. Da ein Erwerbsleben bei typisierender Betrachtung ca. 40 Jahre umfasst (vgl. BAG 18. März 2014 – 3 AZR 69/12 - Rn.27, BAGE 147, 279), ist bei der erneuten Einstellung des Arbeitnehmers mehr als ein halbes Berufsleben vergangen. Eine nochmalige – dritte – Einstellung des Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber mit einem sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag nach Ablauf weiterer 22 Jahre kommt typischerweise nicht in Betracht, da der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt bereits die Regelaltersgrenze erreicht hat. Damit bleibt die sachgrundlose Befristung die Ausnahme. Dafür, dass ein Zeitraum von 22 Jahren als sehr lang im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzusehen ist, spricht auch die ebenfalls den Bestandsschutzbetreffende Regelung des § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB, nach der die längste Kündigungsfrist nach einer Dauer von 20 Jahren eingreift.“*

Für die Praxis bestehen nach wie vor erhebliche Unsicherheiten bei den vorgenannten Fragestellungen. Wo letztlich genau die Grenze zwischen einem „sehr lange“ und einem „nicht sehr lange“ zurückliegenden Zeitraum einpendeln wird, bleibt abzuwarten.

## **Unter welchen Voraussetzungen ist eine Befristung ohne Sachgrund länger als zwei Jahre zulässig?**

Es gibt von den strengen Voraussetzungen, die an eine sachgrundlose Befristung gestellt werden, zwei nennenswerte Ausnahmen: [§ 12 Abs. 2a TzBfG](#) sowie [§ 12 Abs. 3 TzBfG](#).



So ist nach [§ 12 Abs. 2a TzBfG](#) in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Dies gilt allerdings nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen.

Weiter ist nach [§ 12 Abs.3 TzBfG](#) die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des [§ 138 Absatz 1 Nummer 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch](#) gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig. Diese Regelung soll „schwer vermittelbaren“ nach der Intention des Gesetzgebers, eine „Brücke zurück ins Erwerbsleben“ bauen.

### **Gehen Regelungen im Tarifvertrag dem TzBfG vor?**

Nach [§ 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG](#) kann von den vorgenannten Grundsätzen zu den sachgrundlosen Befristungen durch Tarifvertrag insoweit abgewichen werden, als dass die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend festgelegt werden kann. Den Tarifparteien kommt aufgrund dieser Öffnungsklausel eine weitgehende Regelungskompetenz zu.

Nach Auffassung des BAG gilt die zuvor beschriebene Möglichkeit, die Höchstdauer der Befristung und die Anzahl der Vertragsverlängerungen abweichend vom TzBfG festzulegen, nicht unbegrenzt. So darf durch Tarifvertrag „nur“ geregelt werden, dass die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrages bis zur Dauer von sechs Jahren und bis zu dieser Gesamtdauer die bis zu neunmalige Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages zulässig ist (vgl. BAG, Urteil vom 17.04.2019 – 7 AZR 410/17). Geht eine tarifvertragliche Regelung über diese Maß hinaus, führt dies zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede.



Das BAG begründet die Einschränkung der Öffnungsklausel mit dem systematischen Gesamtzusammenhang sowie mit dem Sinn und Zweck der Norm. So sei die Grenze (Höchstdauer sechs Jahre und höchstens neunmalige Verlängerung) auch unter Berücksichtigung der Gesamtkonzeption von [§ 14 TzBfG](#) und der unionsrechtlichen Vorgaben in der RL 1999/07/EG und der inkorporierten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Rahmenvereinbarung) sowie mit der Gewährleistung eines Mindestbestandsschutzes für die betroffenen Arbeitnehmer\*innen.

## **Was passiert, wenn ein Vertrag nicht ordnungsgemäß befristet ist, mit anderen Worten: was ist die Rechtsfolge eines fehlerhaft befristeten Arbeitsvertrages?**

Ist die Befristung rechtsunwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Dies ist explizit in [§ 16 Satz 1 TzBfG](#) geregelt. Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis dennoch beenden, so muss er sich an die Regeln des „Kündigungsrechts“ halten.

## **Ist während eines befristeten Arbeitsverhältnisses auch die ordentliche Kündigung zulässig?**

Zu dieser Frage gibt das Gesetz in [§ 14 Abs. 3 TzBfG](#) eine klare gesetzliche Regelung:

*„Ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist.“*

Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung muss mithin explizit vereinbart sein. Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist das Arbeitsverhältnis ordentlich unkündbar. Liegt kein wichtiger Grund vor, der eine fristlose Kündigung rechtfertigen könnte, so endet das Arbeitsverhältnis mithin frühestens zum Ende der vereinbarten Befristung.

## **Was sollte bei Befristungen weiter beachtet werden?**

Hat ein\*e Arbeitnehmer\*in ein befristetes Arbeitsverhältnis, so muss er\*sie sich spätestens drei Monate vor dem vereinbarten Beendigungszeitpunkt bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend melden, [§ 38 SGB III](#). Versäumt man diese Frist, ist mit einer Sperrzeit durch die Agentur für Arbeit zu rechnen.



## **Was versteht man unter sog. Kettenbefristungen? Sind diese zulässig?**

Folgen mehrere Befristungen aufeinander, spricht man von einer Kettenbefristung, welche grundsätzlich zulässig ist. Neben den „Standard-Voraussetzungen“ muss das Gericht allerdings auch die Umstände des Einzelfalls prüfen und dabei u.a. die Gesamtdauer und die Zahl der mit dem Arbeitnehmer zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge berücksichtigen, da Kettenbefristungen nicht unbegrenzt zulässig sein sollen.

Ab wann eine Kettenbefristung unzulässig ist, ist gesetzlich nicht festgelegt. Auch die Rechtsprechung ließ lange auf konkrete Prüfschemata und Zahlen warten, bis dann das BAG mit Urteil vom 26.10.2016 (7 AZR 135/15) endlich ein wenig Klarheit gebracht hat:

*„1. Besteht ein Sachgrund für die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 1 TzBfG, ist eine **umfassende Kontrolle nach den Grundsätzen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) idR geboten, wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses acht Jahre überschreitet oder mehr als zwölf Verlängerungen des befristeten Arbeitsvertrags vereinbart wurden oder wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses sechs Jahre überschreitet und mehr als neun Vertragsverlängerungen vereinbart wurden. Unter diesen Voraussetzungen hängt es von weiteren, zunächst vom Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob ein Missbrauch der Befristungsmöglichkeit anzunehmen ist.***

*2. Von einem indizierten Rechtsmissbrauch ist idR auszugehen, wenn die **Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses zehn Jahre überschreitet oder mehr als 15 Vertragsverlängerungen vereinbart wurden** oder wenn mehr als zwölf Vertragsverlängerungen bei einer Gesamtdauer von mehr als acht Jahren vorliegen. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften.“*

(Hervorhebung durch den Verfasser)

Danach hat also eine umfassende Missbrauchskontrolle stattzufinden, wenn acht Jahre überschritten sind oder bereits mehr als zwölf Verlängerungen vereinbart wurden.



Ein Rechtsmissbrauch soll zudem „indiziert“ sein, wenn die Gesamtdauer mehr als zehn Jahre überschreitet oder wenn mehr als 15 Verlängerungen vereinbart wurden. Ist der Rechtsmissbrauch „indiziert“, so müsste die Arbeitgeberseite im Streitfall beweisen, dass kein Rechtsmissbrauch gegeben ist. Die Beweislast würde sich in diesem Fall also verschieben.

Das soeben beschriebene „Prüfungsschema“ hat das BAG im März 2017 bestätigt (vgl. BAG, Urteil vom 21.03.2017, 7 AZR 369/15).

## **Was passiert bei Schwangerschaft während eines befristeten Arbeitsverhältnisses?**

Schwangere genießen besonderen Kündigungsschutz gemäß [§ 17 MuSchG](#) (siehe [besonderer Kündigungsschutz](#)). Danach kann eine schwangere Frau nicht ohne weiteres ordentlich gekündigt werden. Wer „goldene Löffel“ kauft, muss allerdings auch während der Schwangerschaft mit einer außerordentlichen Kündigung rechnen. Doch welche Rolle spielt eine Schwangerschaft während der Laufzeit eines befristeten Arbeitsverhältnisses?

Die Antwort lautet: Nicht viel! Allein durch die Schwangerschaft wird jedenfalls ein befristeter Arbeitsvertrag nicht verlängert, sondern läuft wie bei allen wirksamen Befristungen zum vereinbarten Zeitpunkt aus. Lediglich die vorzeitige Kündigung ist aufgrund des besonderen Kündigungsschutzes ausgeschlossen, sodass die werdende Mutter bis zum vereinbarten Vertragsende ordnungsgemäß zu beschäftigen ist. Dass viele befristete Arbeitsverhältnisse allerdings bereits aufgrund von Formfehlern keine solchen sind, haben wir bereits oben aufgezeigt. Gleiches gilt selbstverständlich auch hier.

Lässt der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag allerdings nur deswegen „auslaufen“, weil die Arbeitnehmerin schwanger geworden ist, so könnte eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung vorliegen, die Entschädigungsansprüche zur Folge hätte.

## **Welche Fristen sind zu beachten?**

Will der\*die Arbeitnehmer\*in geltend machen, dass die Befristung eines Arbeitsvertrages rechtsunwirksam ist, so muss er\*sie innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung nicht beendet ist. Geregelt ist dies in [§ 17 Abs. 1 TzBfG](#). Genau wie bei Kündigungen ist danach also eine recht kurze Frist zu beachten.





Elisabeta Schidowezki	Fachanwältin für Erbrecht
Christian Lunow	Fachanwalt für Arbeitsrecht
Nele Kliemt	Rechtsanwältin (Erbrecht)
Dr. Katharina Wandscher*	Fachanwältin für Arbeitsrecht
Benedikt Rüdeshcim, LL.M.	Rechtsanwalt (Arbeitsrecht)
Sirkka Schrader (*Partner)	Rechtsanwältin (Arbeitsrecht)

Unsere Beratungsseiten im Internet:

[www.betriebsratsberater-berlin.de](http://www.betriebsratsberater-berlin.de)

[www.pflegerechtsberater.de](http://www.pflegerechtsberater.de)

[www.erbrechtsberater-berlin.de](http://www.erbrechtsberater-berlin.de)