

Wolfgang Däubler^{*)}

Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz

Es ist absehbar, dass das mit dem neuen Jahr in Kraft getretene Teilzeit- und Befristungsgesetz fühlbare Auswirkungen auf die betriebliche Praxis haben wird. Im Anschluss an die inhaltliche Vorstellung des Regierungsentwurfs (ZIP 2000, 1961) analysiert der Verfasser nachfolgend das Gesetz in seiner endgültigen Fassung und hebt einige spezifische Regelungsprobleme hervor.

I. Entstehungsgeschichte

Am 1. Januar 2001 ist das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) in Kraft getreten.¹⁾ Zwischen der Vorlage des Referentenentwurfs am 5. September 2000²⁾ und dem In-Kraft-Treten lagen weniger als vier Monate. Dies ist ungewöhnlich kurz, wurde jedoch dadurch etwas relativiert, dass es eine intensive wissenschaftliche Diskussion gab, deren Einwände jedenfalls zum Teil im parlamentarischen Verfahren berücksichtigt wurden.³⁾ Gleichwohl wären manche Unklarheiten und Friktionen vermieden worden, hätte das Arbeitsministerium seinen Entwurf weniger lange unter Verschluss gehalten.⁴⁾

Der Regierungsentwurf ist in dieser Zeitschrift vorgestellt und bewertet worden.⁵⁾ Im Folgenden soll deshalb der Schwerpunkt auf den nunmehr anstehenden Umsetzungsfragen liegen, wobei insbesondere diejenigen Bestimmungen berücksichtigt sind, deren Endfassung sich vom Regierungsentwurf unterscheidet.

II. Die Vorschriften über Teilzeitarbeit

1. Begriff und Benachteiligungsverbot

§ 2 TzBfG übernimmt den von der EG-Richtlinie⁶⁾ vorgegebenen Begriff. Soweit es an einer vollzeitbeschäftigten „Bezugsperson“ im Betrieb und auch an einem anwendbaren Tarifvertrag fehlt, ist auf die Verhältnisse in der Branche abzustellen. Bevor insoweit Auskünfte eingeholt werden, wird man auf den fachlich einschlägigen (wenn auch im konkreten Betrieb nicht anwendbaren) Tarifvertrag und dessen Definition eines

„Vollzeitbeschäftigten“ abstellen.⁷⁾ Wesentliche Unsicherheiten haben sich allerdings auch im Zusammenhang mit der Vorgängervorschrift des § 2 Abs. 2 BeschFG nicht ergeben.

Das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG hat zwei Kontroversen aufgeworfen:

Zum einen bestimmt § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG, ein Teilzeitbeschäftigter müsse „mindestens“ in dem Umfang vergütet werden, wie es dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspricht. Dies bedeutet, dass eine höhere Vergütung ohne weiteres zulässig wäre.⁸⁾ Dafür spricht die beschäftigungspolitische Zielsetzung der Regelung, die das vorhandene Arbeitsvolumen auf mehr Arbeitskräfte aufteilen möchte, sowie die Tatsache, dass Teilzeitarbeit für den Einzelnen häufig mit Nachteilen wie zum Beispiel einem ungünstigeren Verhältnis zwischen Fahraufwand und Entgelt verbunden ist.⁹⁾ Auch EG-rechtliche Bedenken, wonach in der höheren Vergütung von Teilzeitkräften eine mittelbare Diskriminierung der Männer liegen könnte,¹⁰⁾ schlagen nicht durch, weil entweder gar keine Benachteiligung vorliegt oder jedenfalls gewichtige sozialpolitische und unternehmerische Belange die Regelung rechtfertigen.¹¹⁾ Zulässig wäre deshalb beispielsweise eine Tarifbestimmung, wonach Überstundenzuschläge bereits bei Überschreitung der indivi-

1) BGBl I 2000, 1966.

2) Dazu Bauer, NZA 2000, 1039; Abdruck der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen in: NZA 2000, 1045.

3) Siehe den Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucks. 14/4625.

4) Richtig Preis/Gotthardt, DB 2001, 145, 152.

5) Däubler, ZIP 2000, 1961.

6) Richtlinie 97/81/EG v. 15. 12. 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABIEG Nr. L 14 v. 20. 1. 1998, S. 9.

7) Lindemann/Simon, BB 2001, 146.

8) Einen besonderen sachlichen Grund verlangen demgegenüber Lindemann/Simon, BB 2001, 146, 147.

9) Zu Vor- und Nachteilen der Teilzeitarbeit aus Arbeitnehmersicht s. Bertelsmann/Rust, RdA 1985, 149.

10) Richardi/Annauß, BB 2000, 2201.

11) Zu den Rechtfertigungsgründen grundlegend EuGH NZA 1986, 599, bestätigt durch EuGH NZA 1991, 513.

*) Dr. iur., Universitätsprofessor in Bremen

duell vereinbarten Arbeitszeit anfallen¹²⁾ oder eine (wenig realistische) Teilzeitprämie bezahlt wird. Bei unteilbaren Leistungen wie dem Zugang zur Kantine und zu anderen Sozialeinrichtungen des Betriebs dürfen Teilzeitkräfte sowieso nicht ausgenommen werden.¹³⁾

Zweiter Streitpunkt ist die Frage, ob aus „sachlichem Grund“ doch eine unterschiedliche Vergütung zulässig ist. Der Wortlaut des Gesetzes spricht entscheidend dagegen.¹⁴⁾ Dem entspricht jedenfalls im Ergebnis die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das entgegen seiner ursprünglichen Auffassung auch den Charakter als Nebentätigkeit¹⁵⁾ und die Eigenschaft als Student¹⁶⁾ zur Rechtfertigung nicht genügen lässt und auch sonst keine „sachlichen Gründe“ anerkennt. Die Ausnahme zu Lasten geringfügig Beschäftigter dürfte gleichfalls überwunden sein.

2. Schaffung von Transparenz

Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle öffentlich oder innerbetrieblich aus, so hat er sie auch für Teilzeitarbeit auszuschreiben, „wenn sich der Arbeitsplatz hierfür eignet“. Der Regierungsentwurf hatte demgegenüber eine Teilzeit-Ausschreibung zur Regel erklärt, von der nur aus dringenden betrieblichen Erfordernissen abgewichen werden konnte.

Der „beruhigende“ Hinweis, bei einem Verstoß gegen diese Vorschrift drohe keine Sanktion,¹⁷⁾ trifft für Betriebe mit Betriebsrat nicht zu. Verlangt Letzterer nach § 93 BetrVG eine innerbetriebliche Ausschreibung, so kann er zwar deren Inhalt nicht im Einzelnen mitbestimmen. Eine korrekte Ausschreibung im Sinne der Vorschrift liegt jedoch nur dann vor, wenn zwingende gesetzliche Vorgaben beachtet sind. Fehlt es daran, ist den Anforderungen des § 93 BetrVG nicht genügt, so dass der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG seine Zustimmung zur Einstellung verweigern kann. Dies ist bisher im Hinblick auf das Gebot geschlechtsneutraler Ausschreibung nach § 611b BGB genauso gesehen worden;¹⁸⁾ für § 7 Abs. 1 TzBfG kann nichts anderes gelten.

Wann die „Eignung“ vorliegt, kann durchaus unterschiedlich beurteilt werden. Sie immer dann abzulehnen, wenn der Teilzeitwunsch eines dort tätigen Arbeitnehmers aus „betrieblichen Gründen“ i. S. d. § 8 Abs. 4 TzBfG zurückgewiesen werden könnte,¹⁹⁾ vermag nicht in allen denkbaren Fällen zu überzeugen. So können etwa Kundenerwartungen, immer von derselben Person beraten zu werden, zwar einer nachträglichen Aufteilung entgegenstehen, doch wird sich die Situation bei neu gegründeten Unternehmen oft anders darstellen. Im Regelfall dürften allerdings die Ergebnisse identisch sein.

Die Informationspflicht gegenüber „veränderungswilligen“ Arbeitnehmern und der betrieblichen Interessenvertretung entspricht dem im Regierungsentwurf Vorgesehenen.²⁰⁾

3. Das Recht auf Verringerung der Arbeitszeit

Zentraler Punkt des neuen Rechts der Teilzeitbeschäftigung ist der in § 8 TzBfG geregelte Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde die eher etwas altertümlich wirkende Formulierung von der Verkürzung der „wöchentlichen“ Arbeitszeit aufgegeben. Auch

ein Jahresarbeitszeitdeputat kann also auf Wunsch des Arbeitnehmers verringert werden.

Das Gesetz enthält keine Vorgaben über den Umfang der Verringerung. Aus einer 40- kann daher (theoretisch) eine 10-Stunden-Woche gemacht werden; auch Teilzeitkräfte können ihre Arbeitszeit reduzieren, ebenso befristet beschäftigte Arbeitnehmer.

3.1 Allgemeine Voraussetzungen des Anspruchs

Bedingung ist nach § 8 Abs. 7 TzBfG zunächst, dass der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Ob sie in einem einzigen Betrieb oder in mehreren Betrieben tätig sind, ist ohne Bedeutung. Auch wird nicht darauf abgestellt, ob die betreffenden Personen in Vollzeit oder in Teilzeit arbeiten. Nicht mitgerechnet werden lediglich Personen in „Berufsbildung“, wozu nach § 1 BBiG auch die berufliche Fortbildung und die Umschulung gehören. Maßgebend ist der „in der Regel“ vorhandene Personalbestand; vorübergehende Schwankungen nach oben oder unten bleiben außer Betracht.²¹⁾

Der Arbeitnehmer, der seine Arbeitszeit verkürzen will, muss mindestens eine Beschäftigungszeit von sechs Monaten aufweisen. § 8 Abs. 1 TzBfG stellt dabei nicht auf die Betriebszugehörigkeit, sondern auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber ab.²²⁾ Der Anspruch muss spätestens drei Monate vor dem gewünschten Reduzierungstermin geltend gemacht werden. Dies bedeutet, dass er frühestens neun Monate nach Beginn des Arbeitsverhältnisses zur Wirkung kommen kann.²³⁾

Der Arbeitnehmer, der eine Verringerung seiner Arbeitszeit verlangt, „soll“ nach § 8 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die gewünschte Verteilung der reduzierten Arbeitszeit angeben. Über die Form der Geltendmachung sagt das Gesetz nichts; möglich ist daher auch eine mündliche Erklärung.²⁴⁾ Wegen der ab dem Zugang des Verlangens laufenden Fristen empfiehlt es sich für beide Seiten, zumindest eine schriftliche Bestätigung vorzunehmen. Rechtsdogmatisch handelt es sich um einen so genannten verhaltenen Anspruch, dessen Rechtswirkungen erst mit der Geltendmachung eintreten.

12) Ein Gebot zur Bezahlung von Überstundenzuschlägen besteht nach EuGH DB 1995, 49 nicht.

13) Lindemann/Simon, BB 2001, 146, 147; Preis/Gotthardt, DB 2000, 2066.

14) Richardi/Annus, BB 2000, 2201; a. A. Lindemann/Simon, BB 2001, 146, 147.

15) BAG ZIP 1996, 1142 = DB 1996, 1285, dazu EWIR 1996, 725 (Schüren), in Abweichung von BAG DB 1991, 285.

16) BAG DB 1997, 429.

17) Lindemann/Simon, BB 2001, 146, 147.

18) Buschmann, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG, 7. Aufl., 2000, § 93 Rz. 8; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 20. Aufl., 2000, § 93 Rz. 9 i. V. m. Rz. 12; Heß/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 5. Aufl., 1997, § 93 Rz. 4a; ebenso wohl auch Richardi, BetrVG, 7. Aufl., 1998, § 93 Rz. 20, 21.

19) So Lindemann/Simon, BB 2001, 146, 147.

20) Dazu Däubler, ZIP 2000, 1961, 1962, wobei zur Verdeutlichung klargestellt wurde, dass der Einzelne nur von „entsprechenden“ Arbeitsplätzen zu informieren ist, also solchen, die seinen Arbeitszeitpräferenzen und seiner Eignung entsprechen.

21) Lindemann/Simon, BB 2001, 146, 148.

22) Insoweit besteht Übereinstimmung mit § 8 Abs. 7 TzBfG. Richtig Lindemann/Simon, BB 2001, 146, 148.

23) Ebenso die amtliche Begründung, BT-Drucks. 14/4374, S. 17.

24) Kritisch Preis/Gotthardt, DB 2001, 145.

3.2 Die Verhandlungsphase

Nach § 8 Abs. 3 TzBfG hat der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen. Verlangt werden also nicht nur Gespräche als solche, sondern auch ein Bemühen um Verständigung. Nach dem erst in den parlamentarischen Beratungen hinzugekommenen § 8 Abs. 3 Satz 2 muss sich das Einvernehmen auch auf die Verteilung der Arbeitszeit beziehen.

Der Vorrang einer Verhandlungslösung²⁵⁾ hat nicht nur die Bedeutung eines Appells. Vielmehr spricht vieles dafür, dass die gesetzliche Zielsetzung einer Förderung der Teilzeitarbeit typischerweise nur im Wege der freiwilligen Einigung erreichbar ist.

Für den Arbeitnehmer ist die Verkürzung der Arbeitszeit mit geringerem Einkommen verbunden. Gerade weniger qualifizierte Arbeitskräfte (die aus betrieblichen Gründen relativ leicht zu ersetzen wären) können sich eine solche Einbuße nicht leisten.

Bestimmte Tätigkeiten sind mit einem „Grundstock“ an Aktivitäten verbunden, der sich nicht um ein Drittel oder die Hälfte reduzieren lässt. An der Projektbesprechung muss man teilnehmen, ob man nun 38 oder 20 Stunden pro Woche arbeitet. Angesichts der proportionalen Verringerung der Vergütung besteht daher oft die berechtigte Befürchtung, dass bei einer Reduzierung der Arbeitszeit auf die Hälfte die Arbeit doch nur um 20% oder 30% abnimmt.

Den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gerichtlich durchzusetzen, wird nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Da sich der Antrag auf Abgabe einer Willenserklärung durch den Arbeitgeber richtet, ist das Ziel nach § 894 ZPO erst bei rechtskräftiger Entscheidung erreicht. Dies kann eineinhalb bis drei Jahre dauern; die einstweilige Verfügung wird nur in Ausnahmefällen helfen.²⁶⁾ Außerdem sind die Verweigerungsgründe des Arbeitgebers so unpräzise bestimmt, dass eine halbwegs sichere Prognose über den Prozessausgang nicht möglich ist. Entscheidend fällt jedoch ins Gewicht, dass der Einzelne im Betrieb weiterarbeiten und deshalb nicht nachhaltige Verärgerung aufseiten des Personalleiters oder des Inhabers hervorrufen möchte.²⁷⁾ Von daher wird sich der Arbeitnehmer typischerweise um eine einvernehmliche Lösung bemühen und es dabei auch bewenden lassen.

Eine Reihe von Ausnahmefällen sind denkbar und werden voraussichtlich die Gerichte beschäftigen. Wer beispielsweise im Krankenhaus oder bei der Polizei Schichtdienst leistet, kann durch eine geringere Anzahl von Schichten seine Arbeitsbelastung effektiv mindern. Auch wird sich eine etwaige Verstimmung in der Personalabteilung nicht auf seine weitere Laufbahn auswirken. In diesem Bereich kann man daher durchaus mit Auseinandersetzungen rechnen, zumal § 15b BAT/BAT-O schon bisher einen (abgeschwächten) Teilzeitananspruch nach billigem Ermessen des Arbeitgebers vorsieht.²⁸⁾ Ansprüche auf Teilzeit werden eventuell auch Personen mit Sonderkündigungsschutz geltend machen, soweit ihren Bedürfnissen nicht durch die Sonderregelungen nach § 15 Abs. 6 und 7 BErzGG und nach § 14 Abs. 4 SchwbG Rechnung ge-

tragen ist.²⁹⁾ Eine gerichtliche Berufung auf die Rechtslage kommt weiter dann in Frage, wenn aus der Lebenssituation des Einzelnen heraus nur Teilzeit in Betracht kommt, die Alternative also im vorübergehenden Ausscheiden aus dem Arbeitsleben liegen würde. Eine solche Situation kann dann bestehen, wenn nach dem Ende der Elternzeit das Kind soviel Pflege und Zuwendung benötigt, dass daneben eine Vollzeittätigkeit nicht möglich ist.

3.3 Ablehnungsrecht des Arbeitgebers

Nach § 8 Abs. 4 TzBfG kann der Arbeitgeber den „Verringerungswunsch“ aus „betrieblichen Gründen“ ablehnen. Dass diese „dringend“ sein müssten, wird im Gegensatz zum Referentenentwurf nicht mehr verlangt. Auf der anderen Seite nennt § 8 Abs. 4 TzBfG Beispiele, die eher eine sehr hohe Ablehnungsschwelle indizieren: Der Arbeitgeber soll „nein“ sagen können, „wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht.“ Zu Recht ist in der Literatur vermerkt worden, dass die Beispiele die Regel praktisch konterkarieren würden.³⁰⁾ Insofern ist der Interpret weithin allein gelassen, zumal auch der Vergleich mit ähnlichen Vorschriften, etwa des Urlaubs- und des Arbeitszeitrechts, keine wesentlichen Aufschlüsse bringt.³¹⁾ Man wird daher abwarten müssen, dass die Rechtsprechung konkretere Kriterien und Fallgruppen entwickelt, um einigermaßen verlässliche Prognosen abgeben zu können. Auf drei Aspekte sei zunächst hingewiesen:

Zum einen lässt sich der Anspruch eines Arbeitnehmers nicht mit dem pauschalen Argument abwehren, kraft Unternehmerentscheidung sei auf dem betreffenden Arbeitsplatz immer nur eine Vollzeitkraft einzusetzen. Dies würde auf eine letztlich freiwillige Teilzeit hinauslaufen und einen „Anspruch“ – von schwerlich auftretenden Willkürfällen einmal abgesehen – gegenstandslos machen.³²⁾ Auch wären die genannten Beispiele völlig sinnlos, wenn der Gesetzgeber die unternehmerische Entscheidungsfreiheit voll hätte aufrechterhalten wollen.

Bei der Frage, wieviel „Belastungen“ und „Lästigkeiten“ dem Arbeitgeber zuzumuten sind (muss zum Beispiel wiederholt ausgeschrieben werden?), sollte auch das Interesse des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, das hinter seinem Teilzeit-

25) Vgl. *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145, 146.

26) *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 150.

27) *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1963; *Kliemt*, NZA 2001, 63, 67; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 151; *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066, 2068.

28) Dazu LAG Stuttgart, Urt. v. 20. 7. 2000 – 3 Sa 60/99.

29) Das Verhältnis zu diesen Bestimmungen ist nicht im Einzelnen durchdacht worden. Da Eltern bzw. Schwerbehinderte nicht schlechter als andere Arbeitnehmer gestellt werden sollen, ist ihnen der Rückgriff auf § 8 TzBfG möglich. Dies kann dann von Bedeutung sein, wenn die in Elternzeit befindliche Person weniger als 15 oder mehr als 30 Stunden arbeiten will oder wenn ein Schwerbehinderter nicht die spezifischen Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 SchwbG erfüllt.

30) *Richardi/Annus*, BB 2000, 2201, 2202; *Beckschulze*, DB 2000, 2598.

31) *Beckschulze*, DB 2000, 2598, 2600.

32) Ebenso wohl *Richardi/Annus*, DB 2000, 2201, 2202, die jedoch verfassungsrechtliche Bedenken wegen der Unbestimmtheit des Eingriffs in die unternehmerische Freiheit haben; für Vorrang des unternehmerischen Konzepts *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 149, und wohl auch *Kliemt*, NZA 2001, 63, 65.

wunsch steht. Wer nur die jährliche Ferienreise auf acht Wochen ausdehnen möchte, kann weniger Entgegenkommen verlangen als eine Mutter, die ihr dreieinhalbjähriges Kind versorgen will.³³⁾ Dem hat die Rechtsprechung in anderem Zusammenhang schon bisher Rechnung getragen, indem sie beispielsweise unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche auf unbezahlte Freistellung wegen Ableistung eines ausländischen Wehrdienstes anerkannt hat.³⁴⁾

Eine weitere (unbestrittene) Vorgabe ergibt sich daraus, dass § 6 TzBfG ausdrücklich auch Arbeitnehmer „in leitenden Positionen“ einbezieht; eine hervorgehobene Stellung in der betrieblichen Hierarchie kann daher für sich allein die Ablehnung eines Teilzeitwunsches nicht rechtfertigen. Den Stellvertreter verstärkt heranzuziehen liegt insbesondere dann nahe, wenn der Leiter auch bei Vollzeit nicht während der ganzen „Betriebsnutzungszeit“ anwesend ist.³⁵⁾

Im Folgenden soll – gewissermaßen im Wege des induktiven Vorgehens – der Versuch unternommen werden, die Fälle einzugrenzen, in denen eine Verringerung der Arbeitszeit typischerweise realisierbar oder nicht realisierbar ist.

3.3.1 Innerbetriebliche Lösungen

Keinerlei betriebliche Gegengründe bestehen dann, wenn der wegfallende Teil der Tätigkeit sowieso entbehrlich ist.³⁶⁾ Der Teilzeitwunsch erspart in solchen Fällen dem Arbeitgeber die betriebsbedingte Änderungskündigung. Allerdings wird man solche Konstellationen mit der Lupe suchen müssen, zumal es kaum einen Arbeitnehmer geben wird, der seine eigene „Nische“ zerstören will.

Relativ unproblematisch und praktisch ungleich relevanter ist jedoch der Fall, dass der Arbeitnehmer während der Elternzeit zwischen 15 und 30 Wochenstunden gearbeitet hat und diesen Zustand nach Ende der gesetzlichen Drei-Jahres-Frist fortsetzen möchte: Dem Arbeitgeber wird es kaum möglich sein, in solchen Fällen einleuchtende betriebliche Gegengründe zu formulieren.³⁷⁾

Denkbar ist weiter, dass während des Elternurlaubs eine ganztägige Vertretungskraft eingestellt wurde, die gerne halbtags weiterarbeiten möchte. Gleichzeitig wird die aus der Elternzeit zurückkommende Arbeitnehmerin häufig den Wunsch haben, ihrerseits nur halbtags tätig zu sein. Ist die Arbeit der Vertretungskraft nie ernsthaft beanstandet worden, könnte eine Ablehnung nur noch damit gerechtfertigt werden, dass sich der Arbeitsplatz nicht teilen lasse. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich nach den jeweiligen konkreten Umständen. Die Gesichtspunkte, die gegen eine Teilbarkeit angeführt werden,³⁸⁾ greifen nur im Ausnahmefall: Kunden mögen Wert darauf legen, immer von derselben Person betreut zu werden, doch lässt sich dem auch dadurch Rechnung tragen, dass entweder der zu betreuende Kundenkreis aufgeteilt³⁹⁾ oder dass die jeweiligen Sprechzeiten der Beschäftigten bekannt gemacht werden. Müssen übermäßig viele Informationen beim „Stabwechsel“ weitergegeben werden, kann dies ein gewichtiger Gesichtspunkt sein, doch wird man immer überlegen müssen, ob es nicht eine sinnvollere Aufteilung der Arbeit gibt. Auch wird der Arbeitgeber berücksichtigen, dass bei Ausfall

eines Teilzeiters in vielen Fällen der andere einspringen wird, was mit Rücksicht auf die vorhandene Detailkenntnis und die wegfallende Einarbeitungszeit ein ganz gewichtiger Vorteil ist.⁴⁰⁾

Keine dauerhafte Alternative stellt es dar, wenn das durch Verkürzung frei werdende Arbeitsvolumen von anderen Arbeitnehmern im Wege von Überstunden erledigt werden soll; lediglich zu Überbrückungszwecken, das heißt bis zum Arbeitsbeginn einer Ersatzkraft, kann die „Überstunden-Lösung“ in Betracht kommen.⁴¹⁾

Weiter ist auch an einen Arbeitsplatztausch zu denken: Eine Halbtagskraft will ihre Arbeitszeit erweitern, eine Ganztagskraft will sie auf halbtags reduzieren, an beiden Arbeitsplätzen bestehen vergleichbare Anforderungen. Schwieriger wird es, wenn die Arbeitsplätze unterschiedlich bewertet werden, da sich der Arbeitgeber im Regelfall weigern kann, einen der beiden Arbeitnehmer allein wegen des Teilzeitwunsches des anderen zu befördern.

3.3.2 Einstellung einer Ersatzkraft

Lässt sich der Wunsch auf Reduzierung der Arbeitszeit nicht durch rein innerbetriebliche Maßnahmen verwirklichen, so muss – was ja auch dem beschäftigungspolitischen Zweck des Gesetzes entspricht – eine Neueinstellung in Erwägung gezogen werden. Keine Rolle spielt es, wenn durch die Beschäftigung einer weiteren Person mehr Verwaltungsaufwand entsteht⁴²⁾ oder wenn bestimmte Grenzwerte für die Größe des Betriebsrats oder die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses überschritten werden: Insoweit handelt es sich um vom Gesetzgeber gewollte Konsequenzen.⁴³⁾

Dem Arbeitgeber wird es nicht zugemutet, auf Leiharbeit zurückzugreifen.⁴⁴⁾ Dies trifft im Regelfall zu, doch kann anderes gelten, wenn sowieso in weitem Umfang Leiharbeiter herangezogen werden und dies beispielsweise auch schon auf dem jetzt teilweise frei werdenden Arbeitsplatz geschah. Auch wird man es akzeptieren können, dass vorübergehend, das heißt konkret, so lange von diesem Mittel Gebrauch gemacht wird, bis eine neue Dauerkraft gefunden ist.

Zweifeln kann man, in welchem Umfang der Arbeitgeber sich um eine Ersatzkraft bemühen muss. Das Arbeitsamt zu kontaktieren und die eigenen Kommunikationsmedien (Werkzeitung, Internetauftritt) zu nutzen, wird im Allgemeinen als zumutbar angesehen.⁴⁵⁾ Darüber hinaus wird man auch ein

33) Eher skeptisch *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 149.

34) Siehe die Nachweise bei *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1964.

35) So BAG NZA 1996, 533, 535 für den Teilzeitwunsch der Leiterin einer Kindertagesstätte.

36) *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 148.

37) Ähnlich *Beckschulze*, DB 2000, 2598, 2600.

38) *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 149.

39) *Zwanziger*, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl., 2001, § 8 TzBfG Rz. 11, 20.

40) Die Vertretungspflicht ist bei Arbeitsplatzteilung nunmehr in § 13 TzBfG geregelt, der inhaltlich mit § 5 BeschFG übereinstimmt.

41) *Zwanziger* (Fußn. 39), § 8 TzBfG Rz. 29; generell gegen Überstunden *Beckschulze*, DB 2000, 2598, 2599.

42) *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 149.

43) *Richardi/Annufß*, BB 2000, 2201, 2202.

44) *Beckschulze*, DB 2000, 2598, 2599; *Richardi/Annufß*, BB 2000, 2201, 2202.

45) *Beckschulze*, DB 2000, 2598, 2599.

oder mehrere Zeitungsinsertate verlangen können, wenn der Versuch nicht in absehbarer Weise chancenlos ist: Bei einer relativ anspruchsvollen Tätigkeit eine „Nachmittagskraft“ zu finden, wird kaum in Betracht kommen, während sich bei Standardtätigkeiten durchaus gute Chancen bieten. Auch ist zu berücksichtigen, dass bei relativ geringfügiger Verkürzung, zum Beispiel um acht bis zehn Stunden pro Woche, die Gewinnung einer Arbeitskraft in Betracht kommen kann, die dieses Zeitkontingent als Nebentätigkeit übernimmt; Angebote dieser Art sind vom Arbeitsamt jedoch nicht zu bekommen. Sofern es die Umstände gestatten, kann es überdies sinnvoll sein, dass zwei oder mehr Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit reduzieren, um dadurch die Arbeitsstunden für eine (leichter zu besetzende) Vollzeitstelle freizumachen.

Ist die allgemeine Arbeitsmarktsituation so beschaffen, dass der Arbeitgeber unschwer 20 oder 30 Angebote erhält, so kann er sich nicht darauf berufen, keiner der Bewerber sei ernsthaft in Betracht gekommen.⁴⁶⁾ In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs heißt es dazu:⁴⁷⁾

„Der Einwand des Arbeitgebers, keine geeignete zusätzliche Arbeitskraft finden zu können, ist nur beachtlich, wenn er nachweist, dass eine dem Berufsbild des Arbeitnehmers, der seine Arbeitszeit reduziert, entsprechende zusätzliche Arbeitskraft auf dem für ihn maßgeblichen Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung steht.“

Dies sind erheblich strengere Anforderungen als die hier genannten. Je nach dem Charakter der Tätigkeit wird man eine größere oder geringere Auswahlfreiheit zugestehen müssen. Wie sehr sich der Arbeitgeber um eine Ersatzkraft bemühen muss, hängt nicht zuletzt auch davon ab, wie dringend der Arbeitnehmer auf die Verringerung seiner Arbeitszeit angewiesen ist.

3.4 Das Verfahren

Der Arbeitnehmer muss seinen Wunsch auf Verringerung der Arbeitszeit mindestens drei Monate vor dem von ihm gewollten Zeitpunkt dem Arbeitgeber mitteilen. Wahrt er die Frist nicht, ist sein Verlangen unwirksam; ähnlich wie bei der gewöhnlichen Kündigung mit zu kurzer Frist findet eine Umdeutung in eine Erklärung mit der gesetzlich vorgesehenen Frist statt.⁴⁸⁾ Dem Arbeitgeber ist es allerdings unbenommen, auch innerhalb der verkürzten Frist positiv oder negativ zu reagieren.

Der Arbeitgeber muss spätestens einen Monat vor dem gewünschten Termin eine Entscheidung getroffen haben. Eine Ablehnung muss schriftlich erfolgen, doch hängt ihre Wirksamkeit nicht davon ab, dass auch Gründe genannt werden.⁴⁹⁾

Der Arbeitnehmer „soll“ die von ihm gewünschte Verteilung der verkürzten Arbeitszeit angeben. Dies wird er sinnvollerweise schon im eigenen Interesse tun. Da es sich insoweit nicht um einen notwendigen Bestandteil der Geltendmachung des Anspruchs handelt, ist in diesem Punkt die Drei-Monats-Frist nicht zu wahren.

Akzeptiert der Arbeitgeber den Wunsch des Arbeitnehmers, kommt ein Änderungsvertrag zustande. Lehnt der Arbeitgeber ab, bleibt dem Arbeitnehmer nur die Klärung auf dem Rechts-

wege. Die Ablehnung kann auch mit der Begründung erfolgen, nicht gegen die Verkürzung als solche, sondern gegen die gewünschte zeitliche Lage würden betriebliche Gründe sprechen.

Hat der Arbeitgeber einen Monat vor dem gewünschten Zeitpunkt noch keine Entscheidung getroffen, gilt sein Schweigen als Zustimmung. § 8 Abs. 5 Satz 3 und 4 TzBfG fingen insofern eine Zustimmungserklärung des Arbeitgebers, die sich sowohl auf die Verkürzung als auch auf die vom Arbeitnehmer gewünschte Verteilung bezieht. Derselbe Effekt tritt dann ein, wenn der Arbeitgeber der Verkürzung zustimmt, zu der vorgeschlagenen Verteilung jedoch schweigt.⁵⁰⁾

Die durch Einigung oder durch fingierte Willenserklärung zustande gekommene Abmachung kann unter bestimmten Voraussetzungen wieder geändert werden. Was die Dauer der Arbeitszeit angeht, so kommen nur Änderungsvertrag und Änderungskündigung in Betracht.⁵¹⁾ In Bezug auf die Lage der Arbeitszeit greift die Sondervorschrift des § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG ein, wonach der Arbeitgeber die Verteilung der Arbeitszeit von sich aus ändern kann, „wenn das betriebliche Interesse daran das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung erheblich überwiegt und der Arbeitgeber die Änderung spätestens einen Monat vorher angekündigt hat.“ Der Arbeitgeber erhält dadurch ein einseitiges Recht zur Vertragsänderung,⁵²⁾ kein bloßes Recht zur Teilkündigung,⁵³⁾ das lediglich eine vorhandene Bestimmung beseitigen würde. Dies ist sozusagen der Preis, den der Arbeitnehmer dafür bezahlen muss, dass er den Arbeitgeber in gewissem Umfang zum Umdisponieren gezwungen hat.

§ 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG verweist allerdings nur auf die Fälle der freiwilligen und der fingierten Einigung; den Fall der gerichtlichen Durchsetzung erwähnt er nicht. Diese vom Wortlaut her eindeutige Regelung gibt durchaus einen Sinn, da auf diese Weise ein Anreiz für einvernehmliche Lösungen geschaffen wird.⁵⁴⁾

§ 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG hat den wohl vom Gesetzgeber nicht bedachten Nebeneffekt, dass auf diese Weise eine besondere Art von flexiblem Teilzeitarbeitsverhältnis entsteht. Dies kann Gleichheitsprobleme aufwerfen.⁵⁵⁾ Außerdem ist im Einzelfall zu fragen, ob ein „normales“ Teilzeitarbeitsverhältnis, gegebenenfalls mit vertraglich fixierten Einsatzzeiten, durch schlichte Einigung zustande kam oder ob es sich um ein TzBfG-Teilzeitarbeitsverhältnis handelt. Ging beispielsweise die Initiative vom Arbeitgeber aus, wird man generell die erste Alternative annehmen können.

46) Zwanziger (Fußn. 39), § 8 TzBfG Rz. 28; anders Beckschulze, DB 2000, 2598, 2599.

47) BT-Drucks. 14/4374, S. 17.

48) Ebenso im Ergebnis Preis/Gotthardt, DB 2001, 145; Zwanziger (Fußn. 39), § 8 TzBfG Rz. 38.

49) Beckschulze, DB 2000, 2598, 2603; Kliemt, NZA 2001, 63, 67; Lindemann/Simon, DB 2001, 146, 149.

50) Preis/Gotthardt, DB 2001, 145, 147; Kliemt, NZA 2001, 63, 66.

51) Preis/Gotthardt, DB 2001, 145, 146.

52) So Richardi/Amuß, BB 2000, 2201, 2203.

53) So aber Preis/Gotthardt, DB 2001, 145, 148.

54) Anders Preis/Gotthardt, DB 2001, 145, 148.

55) Preis/Gotthardt, DB 2001, 145, 148.

Keine ausdrückliche Regelung hat die Frage erfahren, ob der Arbeitgeber den Antrag des Arbeitnehmers als „zur Zeit unbegründet“ ablehnen kann, weil beispielsweise kurzfristig keine Ersatzkraft zur Verfügung steht. Eine solche Möglichkeit besteht sicherlich, zumal der Arbeitnehmer dann nicht erst nach Ablauf der Wartefrist von zwei Jahren (§ 8 Abs. 6 TzBfG) einen neuen Antrag stellen darf. Erklärt sich der Arbeitgeber nicht zu einer solchen Lösung bereit, hat er im Rahmen der Verhandlungen dem Arbeitnehmer jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, seinen Antrag wieder zurückzunehmen.

3.5 Weitere Fragen

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz hat die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats unberührt gelassen. Aus Platzgründen soll ihre Tragweite im vorliegenden Zusammenhang nicht näher dargestellt werden.⁵⁶⁾

Wer einmal in Teilzeit gewechselt ist, kann keine Erweiterung seines Stundenkontingents verlangen. § 9 TzBfG kommt den Teilzeitbeschäftigten jedoch insofern entgegen, als sie bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen sind. Dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitkräfte können entgegenstehen; wer zum Zuge kommt, bestimmt sich, anders als nach dem Regierungsentwurf, nicht mehr allein nach sozialen Gesichtspunkten, sondern nach billigem Ermessen des Arbeitgebers.⁵⁷⁾ Eine Verlängerung der Vollzeit (etwa von 35 auf 40 Stunden) kann über § 9 TzBfG aber nicht erstrebt werden.

4. Arbeit auf Abruf

§ 12 Abs. 1 TzBfG verlangt, dass der Arbeitsvertrag bei Arbeit auf Abruf „eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit“ festlegt. Damit ist keineswegs die bisherige Rechtslage fortgeschrieben,⁵⁸⁾ da § 4 Abs. 1 BeschFG lediglich vorsah, dass der Arbeitsvertrag „eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit“ fixiert; auf welche Zeiteinheit (Tag, Woche, Monat, Jahr) sie sich bezog, war offen geblieben.⁵⁹⁾ Dies bedeutet, dass nach neuem Recht bei Teilzeitkräften keine Monats- oder Jahresarbeitszeitkonten mehr zulässig sind, da sie nur auf der Basis variabler Wochenarbeitszeiten Sinn machen. Ob der Ausweg über eine feste Tages- und Wochenarbeitszeit mit einem freien Überstundenkontingent im Streitfall von der Rechtsprechung akzeptiert oder als Umgehung des § 12 TzBfG qualifiziert würde, lässt sich nicht mit Sicherheit prognostizieren. Der Gesetzgeber hat sich aber bewusst für die nunmehr vorliegende Regelung entschieden, zumal in der Literatur durchaus auf die Abweichung von § 4 Abs. 1 BeschFG hingewiesen worden war.⁶⁰⁾ Weitere Probleme der KAPOVAZ sind schon an anderer Stelle angesprochen worden.⁶¹⁾

III. Die Neuregelung der Befristung

1. Überblick

Im Bereich der Befristung hat das endgültige Gesetz den Regierungsentwurf in fast allen wesentlichen Punkten übernommen. Nach § 14 Abs. 1 TzBfG ist die Befristung mit sachlichem Grund die Regel; § 14 Abs. 2 TzBfG kennt in Anleh-

nung an den bisherigen § 1 Abs. 1 BeschFG 1996 eine sachgrundlose Befristung bis zu zwei Jahren, verlangt jedoch über das bisherige Recht hinaus, dass zuvor kein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestanden hat. § 14 Abs. 3 TzBfG lässt die so genannte Altersbefristung ab dem 58. Lebensjahr ohne jede Begrenzung nach Zahl und Höchstdauer der Verträge zu. § 14 Abs. 4 TzBfG verlangt in Abweichung vom Regierungsentwurf Schriftform nicht mehr für den ganzen Arbeitsvertrag, sondern nur noch für die Befristungsabrede.

In der Literatur waren Bedenken geäußert worden, ob die Neuregelung mit der EG-Befristungsrichtlinie vom 28. Juni 1999⁶²⁾ vereinbar sei, da diese eine Verschlechterung des Status quo angesichts ihrer Umsetzung ausdrücklich verbiete: Die Erhebung der sachgrundlosen Befristung zur Dauerregelung stelle aber eine solche Verschlechterung dar.⁶³⁾ Hinzufügen könnte man, dass auch die Tariföffnung in § 14 Abs. 2 TzBfG, wonach die im Gesetz vorgesehene Höchstdauer und die Zahl der Verlängerungen überschritten werden können, eine Veränderung zu Lasten der Arbeitnehmer darstelle. Dem hat der Gesetzgeber jedoch keine Beachtung geschenkt; er ist damit das Risiko eingegangen, dass seine Regelungen vom EuGH beanstandet werden.

2. Begriff und Benachteiligungsverbot

Im Verhältnis zum Regierungsentwurf haben sich weder bei § 3 TzBfG (Begriff) noch bei § 4 Abs. 2 TzBfG (Benachteiligungsverbot) irgendwelche Veränderungen ergeben. Der allgemeinen Formulierung des § 3 TzBfG nach wird auch die kurzfristige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV erfasst. Das Diskriminierungsverbot wird voraussichtlich recht schnell Aktualität gewinnen. So ist für den Bereich der Deutschen Post AG ein Tarifvertrag abgeschlossen worden, der eine erhebliche Lohnabsenkung mit sich brachte, für alle unbefristet Beschäftigten jedoch eine „Bestandsschutzzulage“ vorsieht, die die Differenz zum bisherigen Entgelt ausgleicht. Für befristet Beschäftigte gilt dieser „Abfederungsmechanismus“ nicht, so dass die Entgeltreduzierung voll auf sie durchschlägt.

3. Befristung mit sachlichem Grund

In der Literatur hat sich mittlerweile die Auffassung durchgesetzt, dass § 14 Abs. 1 TzBfG auch in Kleinbetrieben und auf solche Arbeitsverhältnisse Anwendung findet, die eine Laufzeit von bis zu sechs Monaten haben.⁶⁴⁾

Die beispielhafte Aufzählung von Befristungsgründen in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–8 TzBfG folgt im Wesentlichen der Recht-

56) Überlegungen dazu bei *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145, 149.

57) *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145, 150.

58) So aber *Lindemann/Simon*, BB 2001, 146, 151.

59) Nachweise zum Diskussionsstand in der Literatur bei *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., 1998, Rz. 1965.

60) *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1965; *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066, 2069.

61) *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1965.

62) ABIEG Nr. L 175 v. 10. 7. 1999, S. 43.

63) *Blanke*, AiB 2000, 734; *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1967; *Schmalenberg*, NZA 2000, 1043.

64) *Bauer*, NZA 2000, 1042; *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1966; *Hanau*, NZA 2000, 1045; *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2066; *Richardt/Annauß*, DB 2000, 2201, 2204; *Sowka*, DB 2000, 2427; a. A. nur *Schiefer*, DB 2000, 2121.

sprechung des Bundesarbeitsgerichts. Deshalb nachfolgend nur einige wenige Bemerkungen:

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG führt den Grund der „Absolventenbefristung“ ein, der in dieser Form in der Rechtsprechung bisher nicht vorhanden war. Es geht um eine Befristung „im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern“. Vorbild waren tarifliche Regelungen, die in zahlreichen Branchen Auszubildenden nach Ende der Ausbildung einen Anspruch auf befristete Beschäftigung einräumen.⁶⁵⁾ Erfasst wird insbesondere auch der Fall, dass ein Arbeitnehmer als Werkstudent bei einem Arbeitgeber gearbeitet hat und nun erneut ein befristetes Arbeitsverhältnis bei ihm eingehen möchte;⁶⁶⁾ der Tatbestand trägt insoweit der am Referentenentwurf geübten Kritik Rechnung, die eine befristete Beschäftigung ohne Sachgrund in solchen Fällen zulassen wollte. Alle diese Umstände sprechen dafür, die Nr. 2 eher eng auszulegen.⁶⁷⁾

Die Befristung muss „im Anschluss“ an eine Ausbildung oder ein Studium (nicht aber an eine Weiterbildungs- oder Umschulungsmaßnahme) erfolgen. Dies ist einerseits nicht mit der nahtlosen Verlängerung von Arbeitsverhältnissen nach § 14 Abs. 2 TzBfG identisch, liegt aber auf der anderen Seite dann nicht mehr vor, wenn zwischen dem Abschluss der Ausbildung und dem Antritt der Arbeit ein längerer Zeitraum, zum Beispiel ein Jahr, liegt. Gefordert ist ersichtlich ein enger zeitlicher Zusammenhang, den man wohl bei einem Abstand von drei Monaten noch bejahen kann. Das ausdrücklich genannte Vorbild der Übernahmeklauseln in Tarifverträgen sowie der Überbrückungszweck legen den Schluss nahe, dass Nr. 2 lediglich Befristungen von einem halben Jahr bis zu einem Jahr ermöglichen will. Langzeitbefristungen sind weder in den Tarifverträgen vorgesehen, noch werden sie vom Sinn der Vorschrift erfasst. Eine verbindliche Konkretisierung kann letztlich allerdings erst durch die Rechtsprechung erfolgen. Der Gesetzgeber hat in diesem Punkt nicht mehr, sondern weniger Orientierungssicherheit geschaffen.

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG nennt als Befristungsgrund den „gerichtlichen Vergleich“. Entsprechend einer Tendenz in der jüngsten Rechtsprechung⁶⁸⁾ kommt damit der außergerichtliche Vergleich als selbstständiger Befristungsgrund nicht mehr in Frage.

Nicht als Beispiele erwähnt sind Befristungen im Rahmen des Zweiten Arbeitsmarkts,⁶⁹⁾ Befristungen bis zur Einstellung einer anderen Arbeitskraft⁷⁰⁾ sowie Befristungen für Zwecke der Aus- und Fortbildung.⁷¹⁾ Insoweit dürfte es beim Status quo bleiben.

Das neue Gesetz äußert sich auch nicht zu der Frage, in welchem Zeitpunkt der „sachliche Grund“ vorliegen muss. Auch in Zukunft wird es daher auf den Augenblick des Vertragsabschlusses ankommen.⁷²⁾ Besonderheiten von Kettenarbeitsverträgen sind nicht angesprochen; bis auf weiteres wird man deshalb davon ausgehen, dass mit der Zahl der Befristungen die Anforderungen an den sachlichen Grund steigen.⁷³⁾ Schließlich hat auch die Befristung einzelner Vertragsbedingungen⁷⁴⁾

nicht die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers gefunden; die „Kodifikation“ ist eine recht lückenhafte geworden.

4. Befristung ohne sachlichen Grund

Die sachgrundlose Befristung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG jetzt nur noch dann zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber in der Vergangenheit kein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Auf den zeitlichen Abstand kommt es nicht an. Tätigkeiten als freier Mitarbeiter, Auftragnehmer usw. bleiben jedoch außer Betracht. Ausbildungsverhältnisse sind dagegen nach § 3 Abs. 2 BBiG wie Arbeitsverhältnisse zu behandeln. Hinzu kommt, dass § 1 BeschFG 1985 eine Sonderregelung für die Übernahme von Auszubildenden in sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse enthielt: Diese wäre überflüssig gewesen, wenn das Ausbildungsverhältnis von vornherein nicht als Arbeitsverhältnis gegolten und deshalb immer eine „Neueinstellung“ vorgelegen hätte.

Die ausdrücklich zugelassene, höchstens dreimalige „Verlängerung“ setzt voraus, dass sich der neue Vertrag „nahtlos“ an den alten anschließt. Selbst eine Unterbrechung von einem Tag würde zu einem „Neuabschluss“ führen. Das Bundesarbeitsgericht⁷⁵⁾ verlangt deshalb, dass der Verlängerungsvertrag vor Ablauf des zu verlängernden Vertrages vereinbart wurde. Auch die ins Gespräch gebrachte Möglichkeit, bei Unterbrechung durch ein Wochenende oder einen Feiertag den Verlängerungsvertrag am nächsten Arbeitstag zu schließen,⁷⁶⁾ ist nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht möglich.

Die Verlängerung setzt weiter voraus, dass auch die bisherigen Vertragsbedingungen unverändert bleiben.⁷⁷⁾ Dies bezieht sich insbesondere auf die Dauer der Arbeitszeit, aber auch auf die Vergütung und sonstige Gegenleistungen des Arbeitgebers.

Wie sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, kann nur ein nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG befristeter Vertrag ohne Sachgrund „verlängert“ werden.⁷⁸⁾ Dies wirft dann Probleme auf, wenn sich der zu verlängernde Vertrag auch auf einen „sachlichen Grund“ stützen kann: Liegt eine Befristung nach Abs. 1 vor, wäre eine „Verlängerung“ i. S. d. Abs. 2 Satz 1 ausgeschlossen.

Das Bundesarbeitsgericht gibt den Arbeitsvertragsparteien das Recht, einen Rückgriff auf die sachgrundlose Befristung einvernehmlich auszuschließen und sich allein auf einen „sachlichen Grund“ zu stützen; insoweit besitzt die Arbeitsvertrags-

65) Dazu Kohle, NZA 1997, 457.

66) BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

67) Kritisch zu ihrer Aufnahme Blanke, AiB 2000, 734, 735.

68) BAG AP Nr. 4 zu § 57a HRG; dazu Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Großkomm. z. Kündigungsschutzrecht, 2000, § 620 BGB Rz. 486.

69) Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl., 1999, § 620 BGB Rz. 163 ff.

70) BAG AP Nr. 188 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

71) Nachweise bei Däubler (Fußn. 69), § 620 BGB Rz. 97 ff.

72) BAG AP Nr. 77 und 89 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

73) BAG AP Nr. 149 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

74) Nachweise bei Däubler (Fußn. 69), § 620 BGB Rz. 264 ff.

75) BAG DB 2001, 100.

76) Backhaus (Fußn. 68), § 1 BeschFG Rz. 18.

77) BAG DB 2001, 100.

78) Genauso wurde zum bisherigen Recht entschieden: BAG NZA 2000, 1111; BAG NZA 2000, 885.

freiheit Vorrang.⁷⁹⁾ Eine entsprechende Abmachung kann bei Vertragsabschluss, aber auch noch später getroffen werden. Soweit die Arbeitsvertragsparteien zu keiner ausdrücklichen Regelung gekommen sind, reichen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Anschlussverbot des § 1 Abs. 3 BeschFG 1996 gewichtige Indizien.⁸⁰⁾ Da § 1 BeschFG (heute: § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG) kein Zitiergebot enthalte, könne sich der Parteiwille, eine Befristung nach dieser Vorschrift zu vereinbaren, auch aus den Umständen ergeben. Hieran sei vor allem dann zu denken, wenn bei Vertragsabschluss über keine anderen Sachgründe oder über gesetzliche Befristungsstatbestände geredet wurde.⁸¹⁾ Das spricht für eine Art „Auffangfunktion“ der sachgrundlosen Befristung. Legt man dies zugrunde, so greift die Verlängerungsmöglichkeit auch dann ein, wenn beispielsweise der Erstvertrag ebenso auf den Sachgrund der Erprobung hätte gestützt werden können. Die gesetzliche Differenzierung zwischen sachlich gerechtfertigter und sachgrundloser Befristung wäre jedoch völlig überspielt, würde man mit *Sowka*⁸²⁾ einen „Erst-Recht-Schluss“ versuchen und behaupten, ein mit Sachgrund befristeter Arbeitsvertrag müsse „erst recht“ nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG verlängert werden können.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸³⁾ muss auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes ein Minimum an Bestandsschutz bestehen. Danach darf die Kündigung nicht willkürlich sein oder auf sachfremden Motiven beruhen; bei der Auswahl der zu kündigenden Personen sei ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme geboten, und schließlich dürfe ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben. Dieses Minimum ist nicht mehr gewahrt, wenn ein Arbeitsvertrag aus beliebigen Gründen verlängert oder abgebrochen werden kann. Insoweit ist eine verfassungskonforme Interpretation geboten: Sowohl bei Abschluss des Erstvertrages wie auch bei den Verlängerungen darf die Befristung keinen diskriminierenden Charakter tragen; für sie müssen vernünftige, willkürfreie Erwägungen sprechen. Dies würde bedeuten, dass bei wirtschaftlich unsicherer Lage § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG durchaus eingreifen würde, dass auf ihn aber nicht zurückgegriffen werden könnte, wenn der Arbeitgeber lediglich „mehr Anpassung“ und „kein Engagement für einen Betriebsrat“ als Beweggründe hätte. Im Einzelnen wäre dieser „Befristungsschutz zweiter Klasse“ noch zu konkretisieren. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung sind nicht überschritten, da § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG lediglich den Rückgriff auf den „sachlichen Grund“ i. S. d. Abs. 1 ausschließt, jedoch keinen Freibrief für Willkür ausstellen oder jede inhaltliche Überprüfung verhindern will.

5. Altersbefristung

Die völlige Freigabe der Befristung ab dem 58. Lebensjahr eröffnet die Möglichkeit, mit einem 56jährigen zunächst nach § 14 Abs. 2 TzBfG zwei Jahre lang insgesamt vier befristete Verträge ohne Sachgrund zu vereinbaren und dann zu Abs. 3 überzugehen. Die Bedenken im Hinblick auf die EG-Richtlinie⁸⁴⁾ sind hier besonders gravierend, da nicht nur der erfasste

Personenkreis erweitert, sondern auch von jeder Begrenzung befristeter Arbeitsverhältnisse abgesehen wurde.

6. Schriftform

Die Befristungsabrede ist nach § 14 Abs. 4 TzBfG nur dann wirksam, wenn sie schriftlich getroffen wurde. Dies gilt auch für eine nachträgliche Veränderung der Befristungsdauer.⁸⁵⁾ Soweit Einzelgesetze wie das Hochschulrahmengesetz oder das Bundeserziehungsgeldgesetz Regeln über befristete Arbeitsverträge enthalten, jedoch keine Aussagen zur Form treffen, findet die Schriftform auch dort Anwendung. Werden lediglich einzelne Vertragsbedingungen befristet, genügt weiter eine mündliche oder konkludente Abmachung, da die Schriftform nur die Befristung des ganzen Arbeitsverhältnisses betrifft.⁸⁶⁾

Die schriftliche Abrede muss bei der kalendermäßigen Befristung das Enddatum oder die Dauer enthalten.⁸⁷⁾ Bei der Zweckbefristung muss der Zweck Vertragsinhalt werden: Ohne ihn wäre die Befristungsabrede inhaltsleer, so dass sich das Schriftformerfordernis auf sie erstreckt.⁸⁸⁾ Der Befristungsgrund muss demgegenüber grundsätzlich nicht angegeben werden. Eine Ausnahme gilt im Falle des § 57b Abs. 5 HRG sowie für den Erprobungszweck, der im Gegensatz zu anderen sachlichen Gründen zum Vertragsinhalt gemacht werden muss.⁸⁹⁾

7. Beendigung des befristeten Arbeitsvertrags

Das Auslaufen bei kalendermäßiger Befristung und bei Zweckbefristung, die mögliche Kündbarkeit von befristeten Arbeitsverhältnissen sowie die Drei-Wochen-Frist für die Erhebung einer Klage sind ohne Änderungen aus dem Regierungsentwurf übernommen worden.⁹⁰⁾

8. Fortsetzung über den Endzeitpunkt hinaus

Ist die Befristung unzulässig, entsteht wie bisher automatisch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Bezüglich der Kündbarkeit gilt in diesem Fall eine differenzierende Regelung.

Ist der Vertrag als befristeter der Regel des § 15 Abs. 3 TzBfG entsprechend nicht kündbar gewesen, kann der Arbeitgeber auch weiterhin während der vorgesehenen Frist nicht kündigen. Dem Arbeitnehmer steht jedoch seinerseits ein Kündigungsrecht zu.⁹¹⁾ Dies lässt sich damit begründen, dass sich der Arbeitgeber, in dessen Verantwortungsbereich die Befristung

79) So zu § 1 BeschFG BAG AP Nr. 3 zu § 1 BeschFG 1985.

80) BAG NZA 2000, 885; BAG NZA 2000, 1111.

81) BAG NZA 2000, 1111.

82) *Sowka*, DB 2000, 2427.

83) BVerfG NZA 1998, 470.

84) *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1965.

85) So für die Verlängerung *Krabbenhöft*, DB 2000, 1567; *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 349; *Roff*, NJW 2000, 1228.

86) *Däubler*, AiB 2000, 189; *Müller-Glöge/v. Senden*, AuA 2000, 200; *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145, 150.

87) BAG EzA § 620 BGB Nr. 105 für tarifliche Schriftform.

88) *Preis*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fußn. 68), § 623 BGB Rz. 49.

89) BAG AP Nr. 61 und 163 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

90) Zu diesem *Däubler*, ZIP 2000, 1961, 1967.

91) Ebenso *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 145, 151.

tung zustande gekommen ist, widersprüchlich verhalten würde, wenn er sich vor Fristablauf auf die Unwirksamkeit der Befristungsabrede berufen würde.⁹²⁾ Mit dieser Argumentation wird auch der nahe liegende Einwand vermieden, die an sich unwirksame Befristungsabrede würde doch bestimmte vertragsgestaltende Wirkungen entfalten.⁹³⁾ Nach Ablauf der vorgesehenen Frist kann das Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie ein von Anfang an unbefristetes gekündigt werden.

Beruhete die Unwirksamkeit der Befristung ausschließlich auf einem Mangel der in § 14 Abs. 4 TzBfG vorgesehenen Schriftform, so steht auch dem Arbeitgeber von Anfang an ein Kündigungsrecht zu. Die Bedeutung des Formerfordernisses wird auf diese Weise abgeschwächt, ohne dass es dafür einen inneren Grund geben würde: Ob die Form eingehalten wurde, ist genauso wie inhaltliche Mängel vom Arbeitgeber zu vertreten.⁹⁴⁾

Arbeitet der Arbeitnehmer nach Ende des Arbeitsverhältnisses mit Wissen des Arbeitgebers weiter, entsteht nach § 15 Abs. 5 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, es sei denn, der Arbeitgeber würde dem unverzüglich widersprechen. Vertritt nun einige Zeit später der Arbeitgeber den Standpunkt, in Wirklichkeit sei das Arbeitsverhältnis beendet, so muss sich der Arbeitnehmer dagegen gleichfalls innerhalb von drei Wochen zur Wehr setzen: § 17 Satz 3 TzBfG stellt diesen Fall der normalen Entfristungsklage gleich.

9. Auflösende Bedingung

Genau wie im Regierungsentwurf wird die auflösende Bedingung dem mit Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis gleichgestellt (§ 21 TzBfG). Gleichzeitig macht die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs jedoch deutlich, dass man die bisherige Rechtsprechung übernehmen und nicht etwa korrigieren wollte.⁹⁵⁾ Dies rechtfertigt es, auch in Zukunft die (im Grunde selbstverständliche) Frage zu stellen, ob mittels einer an sich durch einen „sachlichen Grund“ getragenen Vereinbarung nicht zwingendes Recht wie zum Beispiel das Kündi-

gungsschutzgesetz umgangen wird. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Nichtrückkehr aus dem Urlaub,⁹⁶⁾ das Entfallen staatlicher Förderung⁹⁷⁾ oder das Trinken von Alkohol⁹⁸⁾ zur auflösenden Bedingung des Arbeitsverhältnisses erklärt und damit im Ergebnis zum absoluten Kündigungsgrund gemacht würde.

Ob Erwerbs- und Berufsunfähigkeit sowie das Erreichen der Altersgrenze zur auflösenden Bedingung gemacht werden dürfen, ist im Gesetzgebungsverfahren nicht erörtert worden. Insofern dürfte es bei den bisherigen Grundsätzen bleiben.⁹⁹⁾

IV. Tarifliche Korrekturen

Nach § 22 Abs. 1 TzBfG stellt das Gesetz ein Mindestniveau dar, von dem nur zu Gunsten, nicht aber zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Da Bestandsschutz immer als günstiger angesehen wird, dürfen die Befristungsmöglichkeiten eingeengt werden. So könnte man generell einen sachlichen Grund verlangen oder eine prozentuale Höchstzahl von befristet Beschäftigten im Betrieb festschreiben.

Zu Lasten der Arbeitnehmer sind Regelungen nur in den in § 22 Abs. 1 TzBfG ausdrücklich genannten Fällen zulässig. Dazu zählen die (neuen) Vorschriften über die Arbeit auf Abruf sowie die Höchstdauer der sachgrundlosen Befristung und die Zahl der Verlängerungen. Für die Arbeitgeberseite besteht hier ein beträchtlicher Anreiz, durch solche Abmachungen ein zusätzliches Maß an Flexibilität zu gewinnen und so den Gegebenheiten der jeweiligen Branche Rechnung zu tragen.

92) So zum bisherigen Recht im Ergebnis LAG Düsseldorf LAGE § 620 BGB Bedingung Nr. 5.

93) Däubler, ZIP 2000, 1961, 1968.

94) Vgl. auch Richardi/Annus, BB 2000, 2201, 2205.

95) BT-Drucks. 14/4374, S. 21.

96) BAG AP Nr. 14 zu § 620 BGB Bedingung.

97) BAG EzA § 47 BBiG Nr. 1.

98) LAG München DB 1988, 506.

99) Zu ihnen Däubler (Fußn. 69), § 620 BGB Rz. 247 ff.

Wolfgang Blomeyer^{*)}

Berechnung einer vorzeitigen Betriebsrente auf Grund einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft

In der Entscheidung des BAG vom 21. März 2000 (ZIP 2000, 2000, dazu EWIR 2001, 7 (H.-H. Schumann)) hat der 3. Senat des BAG angedeutet, seine bisherige Rechtsprechung zur Berechnung von vorzeitig in Anspruch genommenen Betriebsrenten auf Grund von unverfallbaren Versorgungsanwartschaften künftig zu ändern. Der Beitrag legt das Für und Wider für diese Änderung dar und rät im Ergebnis von ihr ab.

I. Einleitung

Die Frage nach der Berechnung einer gemäß § 6 BetrAVG vom Arbeitgeber zu zahlenden vorzeitigen Betriebsrente auf Grund einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft betrifft heute praktisch alle deutschen Unternehmen mit betrieblicher Altersversorgung. Der Anteil der vorzeitig, das heißt in der Regel vor Vollendung des 65. Lebensjahres pensionierten Arbeitnehmer hat längst die 50%-Grenze überschritten. Da die angekündigte Rechtsprechungsänderung zu erheblich erhöhten Kosten der Unternehmen führen kann, ist sie für alle Betroffene

^{*)} Dr. iur., Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg