

dungen) angefordert werden. Hier kann und sollte, auch für die bereits laufenden Systeme, überprüft werden, ob beispielsweise eine Löschroutine vorgesehen ist oder ob Korrektur-/Ergänzungsmaßnahmen erforderlich sind.

Bewerbungsverfahren, Fragebögen und Einwilligung

In vielen weiteren datenschutzrelevanten Bereichen sollte der (Gesamt-)Betriebsrat aktiv seine Mitbestimmungsrechte ausüben und entsprechende Vereinbarungen mitgestalten (siehe Aufstellung dazu im Kasten auf Seite 13).

Fazit

Das Feld des Datenschutzes ist weit. Der Betriebsrat hat hier erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten, die er im Sinne der Beschäftigten auch aktiv wahrnehmen sollte! Ob und in welcher Form Neuregelungen zum Beschäftigtendaten-

schutz kommen, ist immer noch unklar. Der Betriebsrat sollte sich bereits jetzt im Bereich des Datenschutzes gut positionieren, dann kann er auch etwaigen Änderungen im BDSG gelassener entgegensehen.

MARC-OLIVER SCHULZE ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in der Kanzlei AFA Rechtsanwälte in Nürnberg.
Homepage: www.afa-anwalt.de
Kontakt: schulze@afa-anwalt.de



Hierzu finden Sie im Internet:
Wesentliche Eckpunkte für eine Betriebsvereinbarung zum Datenschutz

Sachgrundlose Befristung

Freie Rechtsschöpfung durch das BAG?



Hier lesen Sie

- was juristisch gegen die Entscheidung des BAG vom 6.4.2011 spricht
- wie die »Befristungstüre« im TzBfG immer weiter geöffnet wurde
- wie das BAG eine Liberalisierung bewirkte, die bisher politisch nicht durchsetzbar war

Das BAG hat mit Urteil vom 6.4.2011 in Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung eine wiederholte sachgrundlose Befristung akzeptiert. Eine frühere Beschäftigung soll entgegen dem Gesetzeswortlaut unschädlich sein, wenn sie mehr als drei Jahre zurückliegt. Eine im politischen Raum erhobene Forderung wurde im Wege der »Rechtsfortbildung« befriedigt. Lässt sich das rechtfertigen? Ist es mit dem vom Gesetzgeber gewollten Konzept des Befristungsrechts vereinbar?

Seit dem Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) am 1.1.2001 bestand für Befristungen ohne Sachgrund ein so genanntes absolutes Vorbeschäftigungsverbot, das sich aus § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ergab. Wer als Arbeitnehmer in der Vergangenheit einmal ein Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Arbeitgeber hatte, konnte von diesem nur noch mit Sachgrund befristet eingestellt werden. Seit dem 6.4.2011 interpretiert das BAG diese Vorschrift plötzlich anders als in den zehn Jahren zuvor und lässt Befristungen ohne Sachgrund nach einer

Unterbrechung von drei Jahren zu. Dies nehmen wir zum Anlass, die Entwicklung des Befristungsrechts zu skizzieren und die Erwägungen des BAG in einen größeren Rahmen zu stellen.

Entwicklung des Befristungsrechts

Nach § 620 Abs. 1 BGB endet das Dienstverhältnis mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist. Dies war bis 1985 die einzige ausdrückliche Regelung zum befristeten Arbeitsvertrag. Nach ihrer Formulierung und der Systematik des Gesetzes musste man den befristeten Vertrag als (einen) Normalarbeitsvertrag verstehen. Der Gesetzgeber des Jahres 1896 hatte den Abschluss befristeter Arbeitsverträge uneingeschränkt für zulässig erklärt – nicht anders als die Einstellung oder die Kündigung. Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts stellte diese Grundentscheidung verstärkt in Frage.¹ Da befristete Ver-

¹ Heinze, DB 1986, S. 2327 (2327).

Schont die Nerven schon beim Lesen

Gesetzeskommentare können ab und an wirklich nerven. Randnummer hier, Verweis dort, ein Fußnotenapparat, der auf mancher Seite mehr Platz einnimmt als der eigentlich Text. Für den juristischen Gourmet mag das ein Festschmaus sein. Vielen Anwendern wird das aber schnell zu harter Kost.



Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.)

BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz

Kommentar für die Praxis mit
Wahlordnung und EBR-Gesetz

13., überarbeitete Auflage 2012,
2.806 Seiten,

Subskriptionspreis: € 89 bis 30.4.2012,
danach € 98

ISBN: 978-3-7663-6145-5

Die mittlerweile 13. Auflage des Standardwerks zum BetrVG, die in diesen Tagen erscheint, setzt jetzt dagegen. Bei der Gestaltung wurde grundlegend »aufgeräumt« und der Kommentar erhält damit ein neues Gesicht. Vorrangiges Ziel: Den Praxisnutzen der auf über 2.800 Seiten geballten Rechtsinformationen verbessern, das Ganze lesefreundlicher gestalten. Die Devise heißt dabei nicht »alter Wein in neuen Schläuchen«. Hinter dem neuen Gesicht steckt viel Arbeit, die sich aber für den Anwender lohnt. Das bewährte Autoren-Quartett hat dazu die Erläuterungen komplett überarbeitet, wo möglich komprimiert und mit neuen Randnummern versehen. Die zahlreichen Nachweise, ohne die eine gute Kommentierung wenig Sinn hätte, finden sich jetzt einheitlich in den Fußnoten.

So weit zur Form und dem verbesserten »Handling« für die Praxis. Inhaltlich ist der in der Fachliteratur auch als »DKKW« zitierte Kommentar – wie gewohnt – auf der Höhe der Zeit. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis einschließlich Oktober 2011 eingearbeitet. Kommentiert wird die gesamte Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht, ergänzt um Lösungsvorschläge, wo die Rechtsprechung noch Lücken lässt.

Zu den Schwerpunkten der Neuaufgabe zählen unter anderem folgende Bereiche: neues EBR-Gesetz, Zugang des Betriebsrates zu E-Mail und Internet, Gewerkschaftsrechte, insbesondere Mitgliederwerbung und Zugangsrechte, Mitbestimmungsrechte und Datenschutz bei Cloud-Computing. Aber auch zu den gesetzlichen Neuregelungen infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise und ihre Auswirkungen auf Mitbestimmungsrechte halten die Autoren lesefreundliche Kommentierungen bereit.

bestimmungen usw. befrachtet« seien.¹¹ Insbesondere war daran gedacht, Dauerüberstunden abzubauen und dafür neue Arbeitskräfte einzustellen.¹²

Inhaltlich ließ § 1 BeschFG bei »Neueinstellungen« und (unter bestimmten Voraussetzungen) im Anschluss an eine Berufsausbildung befristete Arbeitsverträge ohne Sachgrund zu, die bis zu 18 Monaten dauern konnten. War diese Möglichkeit ausgeschöpft, blieb es bei den Grundsätzen der Rechtsprechung. Die Regelung war zunächst bis Ende 1990 befristet, wurde dann jedoch zum Zweck der »Entlastung des Arbeitsmarktes« durch das Gesetz vom 22.12.1989¹³ bis zum 31.12.1995 und durch das »Gesetz zur Verlängerung beschäftigungsfördernder Vorschriften« vom 26.7.1994¹⁴ noch einmal bis zum 31.12.2000 verlängert. Eine ernsthafte Auswertung der in der Zwischenzeit gemachten Erfahrungen erfolgte nicht; der Gesetzgeber blieb bei seiner Einschätzung. Eine ge-

träge bei ihrem Auslaufen keinerlei Bestandsschutz gewähren, bestand die Gefahr, dass der Kündigungsschutz durch Befristungen ausgehebelt würde. Der Gesetzgeber sah sich gleichwohl nicht zu einer Änderung des § 620 Abs. 1 BGB in der Lage,² eine im Arbeitsvertragsrecht keineswegs untypische Situation.³ Dabei blieb es auch noch, als sich längst die Vorstellung durchgesetzt hatte, dass der Arbeitsvertrag normalerweise für unbestimmte Zeit abgeschlossen wird und daran auch in der Zukunft grundsätzlich nichts geändert werden sollte.⁴

Die Rechtsprechung sprang in die Bresche. In Anknüpfung an Vorläufer in der Weimarer Zeit fragte das BAG bei der Überprüfung von Befristungen, ob diese dem Arbeitnehmer objektiv den Kündigungsschutz nehmen und ob ein verständiger Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen hätte.⁵ Die Befristung musste also durch bestimmte Umstände objektiv zu rechtfertigen sein; sie bedurfte eines sachlichen Grundes.⁶ Sachgrundlose Befristungen waren grundsätzlich unzulässig. Allerdings ergab sich insoweit eine Ausnahme, als der Kündigungsschutz in Kleinbetrieben und in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses nicht galt – hier konnte nichts »ausgehebelt« und umgangen werden, so dass der sachliche Grund entbehrlich war.⁷

Beschäftigungsförderungsgesetz

Das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) vom 26.4.1985 korrigierte die Rechtsprechung des BAG und stellte durch die Möglichkeit zum Abschluss sachgrundloser Befristungen die Regel des § 620 Abs. 1 BGB in einem bestimmten Bereich wieder her.⁸ Anlass waren die (nach damaligem Verständnis) hohen Arbeitslosenzahlen;⁹ die geänderten Befristungsregeln sollten Neueinstellungen erleichtern, ohne die Rechte der Beschäftigten in ihrer Substanz zu berühren¹⁰ und »ohne dass die Arbeitsverhältnisse gleich mit den vollen Kündigungsschutz-

2 Vgl. Heinze, DB 1986, S. 2327 (2327).

3 Zur Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts s. Däubler, FS Bauer, 2010, S. 253 ff.

4 BT-Drucks. 14/4374, S. 12.

5 BAGE 1, 128, v. 21.10.1954 – 2 AZR 25/53; BAG v. 26.3.1957 – 3 AZR 608/54, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1951 = AP Nr. 7 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; vgl. KR/Lipke, 9. Aufl. 2009, § 620 BGB Rdnr. 62 – 76, § 14 TzBfG Rdnr. 17.

6 BAGE 1, 128 (134 f.), v. 21.10.1954 – 2 AZR 25/53; teilweise auch »sachlich rechtfertigende« oder »besondere« Gründe genannt (vgl. BAGE 1, 136, 138 f.), v. 21.10.1954 – 2 AZR 40/53 = AP Nr. 1 zu § 620 Befristeter Arbeitsvertrag).

7 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung auch die ausführliche Zusammenfassung in Stoye, Rechtsdogmatische und rechtspolitische Probleme des § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2006, S. 49–60.

8 Annuß/Thüsing-Maschmann, § 14 TzBfG Rdnr. 1; Hromadka, BB 2001, S. 621 (621); vgl. auch Weiler, BB 1985, S. 934 (938).

9 Vgl. BR-Drucks. 167/85, S. 1 v. 19.4.1985: »seit 1979 steil angestiegene und auf hohem Niveau verharrende Arbeitslosigkeit«. In den 70er Jahren gab es weniger als 200.000 Arbeitslose. Dann stieg ihre Zahl auf weit über 1 Million an – Angaben nach BR Stenographischer Bericht, 550. Sitzung v. 26.4.1985, S. 212.

10 BR-Drucks. 167/85, S. 1 vom 19.4.1985.

11 BR Stenographischer Bericht, 550. Sitzung v. 26.4.1985, S. 213 (Albrecht).

12 BR-Drucks. 167/85, S. 1 v. 19.4.1985; BR-Drucks. 393/84, S. 15 v. 24.8.1984; BT-Drucks. 10/2102, S. 14, 15 v. 11.10.1984.

13 BGBl. I, S. 2406.

14 BGBl. I, S. 1786.

wichtige inhaltliche Änderung erfuhr § 1 BeschFG durch das »Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz« vom 25.9.1996.¹⁵ Die sachgrundlose Befristung wurde auf zwei Jahre verlängert; außerdem war es jetzt möglich, diesen Zeitraum in insgesamt vier unmittelbar aufeinander folgende Verträge aufzusplitten. Im Übrigen wurde die so genannte Altersbefristung eingeführt, die zunächst nur für Arbeitnehmer ab dem 60. Lebensjahr galt und die beliebige Gestaltungen (bis hin zu 200 Eintagesarbeitsverhältnissen pro Jahr) zuließ. Die Neuregelung war nach § 1 Abs. 6 BeschFG bis zum 31.12.2000 befristet.

Teilzeit- und Befristungsgesetz

Die EG-Richtlinie 1999/70/EG vom 28.6.1999¹⁶ war bis Ende 2000 umzusetzen, was den Gesetzgeber wegen des gleichzeitigen Auslaufens des BeschFG zum Handeln zwang. Beabsichtigt war eine »ausgewogene« gesetzliche Regelung, welche für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer akzeptabel sein sollte.¹⁷ Erstmals wurden der Regelatbestand der Sachgrundbefristung sowie weitere Fragen des Befristungsrechts kodifiziert und zwar als Dauerregelung.¹⁸ Die Befristung ohne sachlichen Grund wurde im Prinzip in gleicher Weise wie im Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996 geregelt, allerdings mit dem entscheidenden Unterschied, dass jede frühere Tätigkeit für denselben Arbeitgeber diese Form der Befristung ausschließen sollte (Erfordernis der »Neueinstellung«), nicht nur eine solche, zu der ein enger sachlicher Zusammenhang bestand.¹⁹ Damit wurde sie eine Art »Einstiegsbefristung«. Gleichzeitig wurde die Altersbefristung erheblich erweitert. Mehr klarstellende Bedeutung hatte die Vorschrift des § 62o Abs. 3 BGB, wonach für Arbeitsverträge, die auf bestimmte Zeit geschlossen werden, das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) gilt.²⁰ Diese wurden damit auch formal zum Ausnahmetatbestand.²¹

Das Urteil des BAG

Nach der »revolutionären« Entscheidung des BAG vom 6.4.2011²² steht eine frühere Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber nicht (mehr) entgegen, wenn diese mehr als drei Jahre zurückliegt. Zugrunde lag ein Fall, in dem der beklagte Freistaat Sachsen eine Lehrerin befristet für zwei Jahre eingestellt hatte, die sechs Jahre zuvor als studentische Hilfskraft an einer Universität des Landes tätig gewesen war. Als ihr Vertrag nicht verlängert wurde, erhob sie Entfristungsklage. Diese blieb ohne Erfolg; das BAG stellte die Wirksamkeit der vereinbarten Befristung fest. In seiner Begründung betonte es, der Wortlaut des Gesetzes sei nicht eindeutig, sondern könne je nach Kontext unterschiedlich gedeutet werden. Maßgebend sei deshalb eine an Sinn und Zweck ausgerichtete und verfassungsorientierte Auslegung, woraus sich eine zeitliche Beschränkung ergebe. Zum einen wolle § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG der Ar-

beitgeberseite die Möglichkeit eröffnen, auf wechselnde Bedingungen des Marktes flexibel zu reagieren, und zugleich für Arbeitnehmer eine Brücke zur Dauerbeschäftigung schaffen.²³ Zum anderen solle das Verbot der »Zuvor-Beschäftigung« in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG Befristungsketten und den darin liegenden Missbrauch verhindern. Bei lange zurückliegenden Beschäftigungen bestehe eine solche Gefahr nicht. Der Gesetzeszweck rechtfertige hier keine Beschränkung der Vertragsfreiheit mehr; vielmehr liege ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers vor.²⁴ Ein »lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung« sei für die Realisierung des verfolgten Zwecks nicht erforderlich, sondern »überschießend«, zumindest aber nicht mehr angemessen.²⁵ Außerdem sprächen das Interesse an einer praktikablen Regelung sowie die Erfordernisse der Rechtssicherheit gegen ein zeitlich unbeschränktes Verbot. Die Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten bestehe bei einem Abstand von drei Jahren regelmäßig nicht mehr. Für diesen Zeitraum spreche auch die gesetzgeberische Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck komme: Weiter zurückliegende Vorgänge aufzuklären, sei außerordentlich schwierig.²⁶

Folgen für die Praxis

Legt man die neue BAG-Rechtsprechung zugrunde, so wird der Abschluss sachgrundloser Befristungen erleichtert. Potenzielle Hinderungsgründe werden deutlich reduziert, was die Spielräume der Arbeitgeberseite erweitert. Auch müssen Arbeitnehmer mit keiner Absage mehr rechnen, wenn sie sich bei einem früheren Arbeitgeber bewerben wollen, der die Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG anderen Beschäftigungsformen vorzieht. Gerade in Fällen wie dem vom BAG entschiedenen muss man sich wegen einer länger zurückliegenden kleinen Teilzeittätigkeit als Aushilfe keine Sorgen mehr machen. Die Frist von »drei Jahren« scheint auch völlig eindeutig, da sie ja wohl vom Ende des früheren Arbeitsverhältnisses an gerechnet werden muss. Also ein geglückter Fall von Rechtsfortbildung? Der erste Eindruck trügt.

15 BGBl. I, S. 1476.

16 Richtlinie 99/70/EG des Rates v. 28.6.1999 zur Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABIEG Nr. L 175/43. Zu ihrer aktuellen Bedeutung für die Weiterentwicklung des deutschen Befristungsrechts Nebe, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 48 (2011), S. 89, 94 ff.

17 BT-Drucks. 14/4374, S. 13; Boewer, § 1 TzBfG Rdnr. 31.

18 Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, KSchR, 8. Aufl. 2011, § 14 TzBfG Rdnr. 2, 152.

19 So nach dem BeschFG. Vgl. weiter BT-Drucks. 14/4374, S. 14.

20 Seit dem 1.1.2001 gilt § 62o Abs. 1 BGB damit nur noch für sog. freie Dienstverträge.

21 Vgl. zur Entwicklung der gesetzgeberischen Befristungsregulierung auch die ausführliche Zusammenfassung bei Stoye (oben Fn 7), S. 60-66 sowie die tabellarische Übersicht auf aib-web.de.

22 BAG v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09 kommentiert in diesem Heft auf Seite 62.

23 BAG, aaO., Tz (= Textziffer) 22.

24 BAG, aaO., Tz 25, 27 ff.

25 BAG, aaO., Tz 36 ff.

26 BAG, aaO., Tz 39.

Geplante Neufassungen: BAG überholt den Gesetzgeber

Das unbefristete Verbot der Vorbeschäftigung war von Anfang an im politischen Raum kritisiert worden. Es stelle ein Beschäftigungshemmnis dar und sei auch nicht durch die EG-Befristungsrichtlinie geboten. Ihr Ziel, Kettenbefristungen zu vermeiden, könne auch mit einem zeitlich begrenzten Anschlussverbot erreicht werden. In der Endphase der Regierung Schröder wurde deshalb am 17.6.2005 eine Änderung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vom Bundestag verabschiedet, die jedoch nie in Kraft trat, weil wegen der Neuwahlen das Gesetzgebungsverfahren nicht mehr abgeschlossen werden konnte. Die Große Koalition sah eine Streichung des gesamten § 14 Abs. 2 TzBfG vor. Im Gegenzug sollten die Arbeitsvertragsparteien das Recht erhalten, die Wartezeit für das Eingreifen des Kündigungsschutzgesetzes von sechs Monaten auf zwei Jahre zu verlängern. Dieses Projekt wurde jedoch nicht realisiert. Dasselbe gilt für das Vorhaben der aktuellen Bundesregierung, die Möglichkeiten zur sachgrundlosen Befristung bereits dann zu erlauben, wenn die Vorbeschäftigung länger als ein Jahr zurückliegt. Die Politik hatte sich also des Problems der Vorbeschäftigung explizit angenommen. Das BAG hatte § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zehn Jahre lang in gleichem Sinn interpretiert, wie dies stillschweigend auch alle politischen Reformvorschläge taten. Niemand erwartete deshalb, dass der Grundsatz »auch eine lange zurückliegende Tätigkeit ist eine Vorbeschäftigung« vom BAG aus eigener Machtvollkommenheit aufgegeben würde,²⁷ zumal derselbe Senat – allerdings in anderer personeller Besetzung – noch vor knapp zwei Jahren die Auffassung vertreten hatte, der Gesetzeswortlaut sei eindeutig; deshalb war eine Nichtzulassungsbeschwerde verworfen worden.²⁸

Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung

Soweit Teile der Rechtsordnung nur durch Generalklauseln wie »Treu und Glauben« geregelt sind, kommt den Gerichten ein weiter Spielraum zu. Anders verhält es sich

27 Vgl. auch: Bauer, NZA Editorial in Heft 9/2011 vom 10.5.2011: »Der 7. Senat als Ersatzgesetzgeber.« und Bauer, ArbRAktuell 2011, S. 218, der gleichwohl weiterhin ein Tätigwerden der schwarz-gelben Koalition fordert.

28 BAG v. 29.7.2009 – 7 AZN 368/09, ZTR 2009, S. 544.

29 BVerfG v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, S. 836; ebenso schon BVerfG v. 3.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273 (280); BVerfG v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375 (394 f.); Lakies, AuR 2011, S. 190 (191); Wedel, AuR 2011, S. 413 (414).

30 Buntentbach, AIB 2011, S. 345; Höpfer, NZA 2011, S. 893 (896-899); Lakies, AuR 2011, S. 190 (192); Wedel, AuR 2011, S. 413 (414). Kritisch auch Bauer, NZA Editorial in Heft 9/2011 v. 10.5.2011, der allerdings die Abkehr vom »formalistischen Kleben am Gesetzeswortlaut« und insbesondere das Ergebnis der Möglichkeit der wiederholten sachgrundlosen Befristung ausdrücklich begrüßt. A.A. Persch, ZTR 2011, S. 404 (406).

31 Zutreffend Wedel, AuR 2011, S. 413 (413, 414).

32 Dazu Däubler, Folgenabschätzung im Arbeitsrecht – zwischen Schutzprinzip und Effizienzdenken, Tagung am Bundesarbeitsgericht am 27.9.2006, München (ZAAR) 2007, S. 38 ff.

33 BVerfG v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, S. 836; BVerfG v. 3.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273 (280); BVerfG v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375 (394 f.); Lakies, AuR 2011, S. 190 (191).

34 Dazu insbes. Lakies, AuR 2011, S. 190 ff.

dort, wo der Gesetzgeber präzise Vorgaben gemacht hat. Hier darf sich das Gericht nach der Rechtsprechung des BVerfG²⁹ gerade nicht zum Normsetzer aufschwingen und sich so der Bindung an Gesetz und Recht entziehen. Im Befristungsrecht, insbesondere in § 14 Abs. 2 TzBfG, verfügen wir über eine gesetzliche Kodifikation, die dem Be-

Mit allen Gesetzesänderungen im
Arbeits- und Sozialrecht!

Der neue »Kittner«
ist Gold wert.



Mehr auf: www.der-kittner.de

wegungsspielraum des BAG enge Grenzen zieht. Sie sind – so die bislang fast einhellige Meinung in der Literatur – im vorliegenden Fall überschritten worden.³⁰ Das BAG darf eine nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte eindeutige Regelung des Gesetzgebers, die es auch selbst zehn Jahre lang so gesehen hat, nicht plötzlich aufgrund abweichender rechtspolitischer Vorstellungen als nicht mehr vorhanden behandeln. Auch »Praktikabilitätsabwägungen« und »Erfordernisse der Rechtssicherheit«, die gegen das Abstellen auf lange zurückliegende Vorgänge sprechen, können dies nicht rechtfertigen³¹ – ganz abgesehen davon, dass es keinerlei empirisch belegte Unzuträglichkeiten gibt, um die sich das BAG zumindest hätte kümmern müssen.³² Kommt es zu einer solchen unzulässigen Rechtsfortbildung, entsteht kein Richterrecht mit der ihm eigenen Autorität.³³ Die Instanzgerichte werden weniger Schwierigkeiten haben, davon abzuweichen und weiter der alten Rechtsprechung zu folgen, als dies bei einer traditionellen, den Regeln entsprechenden Rechtsfortbildung der Fall wäre. Das bedeutet, dass die Arbeitgeberseite nicht wirklich sicher sein kann, dass die Instanzgerichte dem BAG folgen werden. Vor allem aber könnten Arbeitnehmer, die ihren Entfristungsprozess verlieren, Verfassungsbeschwerde einlegen und so evtl. das ganze BAG-Konstrukt zum Einsturz bringen.³⁴ Rechtssicherheit sieht anders aus.

Eindeutigkeit des Wortlauts?

§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG schließt eine sachgrundlose Befristung aus, wenn mit demselben Arbeitgeber »bereits zuvor« ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Im vorliegenden Kontext ergeben sich insoweit keine Zweifel, auch wenn man dies in andern Zusammenhängen anders sehen

mag.³⁵ »Zuvor« bedeutet »vorher« oder »in der Vergangenheit« und nichts anderes. Zwar steht im Gesetz nicht »jemals zuvor« oder »irgendwann zuvor«; da der Begriff »zuvor« jedoch bereits die gesamte Vergangenheit erfasst, wäre eine solche Spezifizierung überflüssig gewesen.³⁶ Um eine Einschränkung zu erreichen, hätte man einen Zusatz wählen müssen, der wie »unmittelbar zuvor« auf einen bestimmten Teil der Vergangenheit verweist. Stattdessen findet man in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG den Zusatz »bereits«, der die Zeitspanne anders als »gerade zuvor« oder »kurz zuvor« gerade nicht begrenzt.³⁷ Formulierungen wie sie sich etwa in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG (»im Anschluss«) und in § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG (»unmittelbar vor Beginn«) finden, wurden vom Gesetzgeber gerade nicht gewählt.³⁸ Auch ein Vergleich mit den Vorgängerregelungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 BeschFG 1985 und des § 1 Abs. 3 Satz 1 BeschFG 1996 bestätigt dieses Ergebnis: Beide Regelungen stellten zwar auf »vorhergehende« Arbeitsverträge ab, verlangten aber zusätzlich einen engen sachlichen Zusammenhang.³⁹

Eingriff in die Berufsfreiheit der Bewerber?

Auch die Erwägungen des BAG zur »verfassungsorientierten Auslegung« überzeugen nicht. Die Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung führt dazu, dass sich bestimmte Arbeitsuchende mit einem Arbeitsverhältnis ohne Bestandsschutz, d.h. mit einem Arbeitsverhältnis »minderen Ranges«, abfinden müssen.⁴⁰ Wenn ein einzelner Bewerber von einem solchen Arbeitsverhältnis ausgeschlossen ist, weil er schon einmal für denselben Arbeitgeber gearbeitet hat, so ist das entgegen dem BAG kein unzulässiger Eingriff in seine Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Er ist dann nicht mehr Adressat einer beschäftigungspolitischen Maßnahme und muss kein »Sonderopfer« mehr erbringen,⁴¹ sondern kann lediglich auf »Normalniveau« kontrahieren, d.h. einen mit Sachgrund befristeten oder einen unbefristeten Arbeitsvertrag abschließen. Er ist insoweit in einer ganz ähnlichen Situation wie derjenige, der bereits seine Probezeit absolviert hat und der deshalb nicht mehr zum Zwecke einer weiteren Erprobung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG befristet eingestellt werden kann. Ebenso ist die »Absolventenbefristung« nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG nur einmal »im Anschluss an eine Ausbildung« möglich. Niemand hat einen dieser Fälle je als Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert. Denkt man den Ansatz des BAG zu Ende, so werden letztlich viele Schutzvorschriften zugunsten von Arbeitnehmern zu Einstellungshindernissen, die mit Art. 12 Abs. 1 GG unverträglich sind. Höheres Alter hindert die betriebsbedingte Kündigung, pflegebedürftige Angehörige bringen die Gefahr des Ausfalls wegen Pflegezeit, eine kleine Teilzeittätigkeit hindert den Abschluss eines 400-Euro-Arbeitsverhältnisses, weil dann die Lasten der Sozialversicherung nicht mehr zu vermeiden sind. Das ist neoliberale Denke. Doch davon ganz abgesehen: Woher weiß eigentlich das BAG, dass die Arbeit-

geberseite den »sachlichen Grund« bei der Befristung scheut wie der Teufel das Weihwasser? Es gibt so viele sachliche Gründe von der Erprobung (die z.B. im Fall des BAG ohne weiteres möglich gewesen wäre) über die Deckung eines vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs bis hin zur Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers, dass man faktisch immer eine Möglichkeit zur Befristung findet. Ende der 1980-er Jahre erbrachte eine empirische Untersuchung das Ergebnis, dass nur 7% aller befristeten Einstellungen nicht auch auf der Grundlage eines »sachlichen Grundes« möglich gewesen wären.⁴² Doch Empirie ist nicht die Stärke des (heutigen) Siebten Senats...

Zweifelhafte Anknüpfung an Regelverjährung

Schwer nachvollziehbar ist schließlich die Grenzziehung bei drei Jahren. Ein gesetzlicher Anhaltspunkt fehlt. Die Anknüpfung an die Verjährungsregeln wirkt wenig überzeugend, weil es dort um einen anderen Sachverhalt geht. Selbst wenn man dem keine Bedeutung beimisst, ergeben sich Ungereimtheiten.⁴³ Nach § 199 BGB beginnt die regelmäßige dreijährige Verjährung des § 195 BGB erst am Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von ihm Kenntnis erlangt hat.⁴⁴ Zwischen dem Ereignis, das einen Anspruch auslöst, und dessen Verjährung liegen daher meist sehr viel längere Zeiträume als drei Jahre; andernfalls wäre das Abgehen von der früheren 30-Jahres-Frist auch völlig inakzeptabel erschienen. Die »Bezugsgröße« des BAG erweist sich daher als reichlich fiktiv.

Handlungsmöglichkeiten von Betriebsräten

Nach der Rechtsprechung desselben Siebten Senats ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem Betriebsrat mitzuteilen, aus welchen Gründen der Arbeitsvertrag eines einzustellenden Arbeitnehmers befristet werden soll. Der Betriebsrat habe zwar nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG über die Durchführung von Gesetzen zu wachen, doch »durchgeführt« werden könnten nur Ge- und Verbote. Das TzBfG »verbiete« jedoch keine rechtswirksamen Befristungsvereinbarungen, sondern ordne nur an, dass in solchen Fällen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehe.⁴⁵ Hier

35 So auch Wedel, AuR 2011, S. 413 (413) zum »verzweiften Versuch« des BAG, sich von seiner bisherigen Aussage der Eindeutigkeit loszusagen; Höpfner, NZA 2011, S. 893 (896 f.): »Wortlautakrobatik«.

36 Stoye, aaO., S. 196.

37 Stoye, aaO., S. 196.

38 Vgl. Höpfner, NZA 2011, S. 893 (896 f.), für den die historische Auslegung nicht eindeutiger sein könnte.

39 Stoye, aaO., S. 196.

40 Zum Versuch eines »Befristungsschutzes zweiter Klasse« in Anlehnung an den sog. Kündigungsschutz zweiter Klasse s. Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, § 14 TzBfG Rdnr. 172.

41 Zu diesem s. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rdnr. 1856.

42 Büchtemann, Die Mitbestimmung 1989, S. 551.

43 Vgl. Höpfner, NZA 2011, S. 893 (895): »willkürliche Anlehnung an die Regelverjährungsfrist«. A.A. Persch, ZTR 2011, S. 404 (405), der die Lösung des BAG für gut vertretbar hält.

44 Gleichgestellt ist die grob fahrlässige Unkenntnis.

45 BAG v. 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, S. 418 (Orientierungssatz 3).

zeigt sich erneut ein – höflich gesprochen – eigenwilliges Verhältnis gegenüber dem Gesetzeswortlaut. Auch § 92 BetrVG helfe dem Betriebsrat nicht weiter.⁴⁶ Dass dieser einer Einstellung nicht mit der Begründung widersprechen kann, die Befristung erfülle die gesetzlichen Voraussetzungen nicht, ist schon – man muss leider sagen: seit Jahrzehnten – anerkannt.⁴⁷ In Betracht kommt allerdings, dass der Arbeitgeber bei seiner Einstellungspolitik faktisch bestimmte Grundsätze befolgt, die nach § 95 Abs. 1 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen.⁴⁸

Fazit

Es bleibt abzuwarten, ob die Instanzgerichte dem BAG trotz seiner wenig plausiblen Überlegungen folgen werden. Nicht auszuschließen sind neue »Überraschungen« im Befristungsrecht. Zu denken ist etwa daran, bei der

Verlängerung auch inhaltliche Änderungen zuzulassen.⁴⁹ Darüber hinaus wäre denkbar, eine schriftliche Befristungsabrede auch nach Arbeitsbeginn für möglich zu erklären. Es bleibt mithin spannend – im positiven Sinne allerdings wohl nur für die Arbeitgeberseite.

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER ist Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

DR. KATRIN STOYE ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht bei der Arbeitsrechtskanzlei Mosebach & Partner in Kassel. 2006 hat sie bei Prof. Dr. Däubler über »Rechtsdogmatische und rechtspolitische Probleme des § 14 Abs. 2 TzBfG« promoviert.

46 BAG v. 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, S. 418.

47 Nachweise bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rdnr. 1057 und bei Fitting, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 99 Rdnr. 210.

48 Zur vergleichbaren Problematik der systematischen Einstellung von Leiharbeitnehmern s. Däubler, dbr Heft 4/2011, S. 30 ff.

49 Auf Abhilfe hofft insoweit: Schiefer, DB Editorial in Heft 18/2011 v. 6.5.2011.



Hierzu finden Sie im Internet:

Übersicht über die Möglichkeiten sachgrundloser Befristung nach den verschiedenen Befristungsgesetzen

Was tun gegen Niedriglöhne

Branchenmindestlöhne oder allgemeine Lohnuntergrenze?

Hier lesen Sie

- warum die sinkende Tarifbindung eine gesetzliche Regulierung der Arbeitslöhne nötig macht
- welche Instrumente dem Staat zur Verfügung stehen, um Lohnuntergrenzen festzulegen
- wie die Einhaltung der Mindestlöhne durch die Unternehmen effektiv kontrolliert werden kann

Stundenlöhne von 7 € und weniger sind keine Seltenheit. Diese sichern nicht einmal die das »soziokulturelle« Existenzminimum der Arbeitskraftanbieter. Den Apologeten¹ des »freien« Marktes erscheint der Niedriglohn als »Marktpreis«. Mehr gebe die »Arbeit« nicht her! Das Gegenteil ist richtig. Der Niedriglohn ist kein »Marktpreis«, sondern Ausdruck von Marktversagen. Jedenfalls wenn man unter einem funktionierenden Markt versteht, dass die Marktteilnehmer nicht nur formal gleiche Rechte haben, sondern auch materiell in der Lage sein müssen, ihre Preisvorstellungen durchzusetzen.

Der Arbeitsmarkt beruht auf struktureller Ungleichheit. Die einen Marktteilnehmer, die Anbieter der Ware Arbeits-

kraft (die »Arbeitnehmer«), sind darauf angewiesen, dass die anderen Marktteilnehmer, die Unternehmen, die Arbeitskraft nachfragen. Deswegen können die Unternehmen den Preis einseitig vorgeben – es gibt genügend Arbeitskraftanbieter, die ihre Ware für nahezu jeden Preis feilbieten. Gegen Preisverfall schützt kollektive Selbsthilfe: Die schwachen Marktteilnehmer schließen sich zusammen, um den Preis kollektiv auszuhandeln. Das bezeichnet man auch als »Kartellfunktion« von Tarifverträgen. Diese Selbsthilfe versagt bei zurückgehender Tarifbindung. Der Preisverfall kann nur noch – so scheint es – durch Eingreifen des Staates gestoppt werden. Durch die Staatsintervention wird das Versprechen des »Sozialstaats« eingelöst, die schwachen Marktteilnehmer zu stärken, wenn der Markt versagt. Die Diskussionslage im

1 Ein Apologet (gr.) ist ein »Verteidiger« (Anmerkung der Redaktion).