



Erst rechnen, dann einstellen

Das Befristungsrecht ist arbeitsrechtliches Kernrecht. Jetzt schon unübersichtlich und ein steter Zankapfel der Politik, könnte es weiter verschärft werden. Neue Fehlerquellen wären programmiert.

► Die arbeitsmarktpolitische Bedeutung befristeter Arbeitsverhältnisse ist hoch. Sie haben im Jahr 2017 laut dem Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) mit 3,15 Millionen einen neuen Höchststand erreicht, was nach der Stichprobe etwa 8,3 Prozent der Beschäftigten in Deutschland entspricht. Zugleich sind die Chancen der befristeten Arbeitnehmer, in eine unbefristete Beschäftigung übernommen zu werden (Brückenfunktion der Befristung), in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen.

Gleichwohl plant die Bundesregierung ausweislich des Koalitionsvertrages noch immer eine Gesetzesreform, um die Zahl und Dauer der Befristungen zu beschränken und Missbrauch einzudämmen. Insbesondere die sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG soll stark beschnitten werden. Es ist jedoch offen und höchst

Bereits seit 1985 streiten politische Akteure über die Regulierung befristeter Arbeitsverträge.

umstritten, ob die im Koalitionsvertrag geplanten Vorhaben im Hinblick auf die Beschäftigungsmöglichkeiten der Betroffenen zielführend und in der Unternehmenswirklichkeit tragfähig sind.

Seit Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetzes im Jahr 1985 streiten die politischen Akteure über die gesetzliche Regulierung befristeter Arbeitsverträge und das „richtige Maß“ an Flexibilität auf dem deutschen Arbeitsmarkt.

Das Befristungsrecht ist aber nicht nur ein steter Zankapfel der Politik, sondern produziert gleichermaßen in Hülle und Fülle Rechtsprechung der Instanzengerichte, des Bundesarbeitsgerichts (BAG),

des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und letztlich des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Dabei gehen Schätzungen davon aus, dass bis zur Hälfte aller befristeten Arbeitsverträge des öffentlichen Dienstes rechts-

widrig sind, sodass die betroffenen Mitarbeiter in unbefristeten Arbeitsverhältnissen stünden. Allein dieser Aspekt belegt die rechtliche Sprengkraft des Themas.

Spagat zwischen Flexibilität und Bestandsschutz

Die zentrale Herausforderung der Regulierung befristeter Arbeitsverträge besteht darin, die oftmals gegenläufigen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern angemessen auszubalancieren. Das Rechtsinstrument der Befristung darf dabei nicht isoliert betrachtet werden. Für das richtige Verständnis ist die Befristung vielmehr immer im Spannungsverhältnis von Kündigungsschutz, Befristung, flankierenden Instrumenten wie etwa Teilzeit und Brückenteilzeit sowie alternativer Beschäftigungsformen (Leih- und Zeitarbeit, freie Mitarbeit, Werkverträge et cetera) zu bewerten. Es geht letztlich um das Thema Bestandsschutz versus Flexibilität und die Eindämmung von Gestaltungsmissbrauch insbesondere im Bereich der sachgrundlosen Befristung und der unzulässigen Kettenbefristung. Aktuell steht noch immer die Grundlagenentscheidung des BVerfG (6.6.2018 – 1 BvL 7/14; 1 BvR 1375/14) zum Vorbeschäftigungsverbot im Blickpunkt. So erblickt das Bundesverfassungsgericht in der „Karenzzeit von drei Jahren zur Beachtung des Vorbeschäftigungsverbots“ einen Verstoß gegen den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers, ein unzulässiges eigenes Regelungsmodell und damit eine unzulässige verfassungswidrige Rechtsfortschreibung.

Die Folgen für die Unternehmenspraxis sind aus Sicht der Arbeitgeber äußerst nachteilig. Sachgrundlose Befristungen, die im Vertrauen auf die dreijährige Karenzzeit geschlossen wurden, sind unwirksam, wenn eine Vorbeschäftigung bestand. Entsprechend gelten die Arbeitsverträge gemäß § 16 I TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Arbeitsvertragsparteien befinden sich also unversehens in einem Dauerarbeitsverhältnis, wenn der Mitarbeiter auf Entfristung klagt.

Auch der EuGH bestimmt maßgeblich das deutsche Befristungsrecht. So etwa, wenn die unionsrechtliche Konformität des § 41 3 SGB VI und damit die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über die Regelaltersgrenze durch (auch mehrfache) Befristung hinaus zur Prüfung steht. Der EuGH sieht keine Diskriminierung wegen des Alters und hat die Unionsrechtskonformität des § 41 3 SGB VI ebenso wie zwischenzeitlich das BAG bestätigt, weshalb Arbeitgeber nunmehr rechtssicher von der Gestaltungsoption Gebrauch machen können.

Was der Gesetzgeber will

CDU, CSU und SPD haben sich in ihrem Koalitionsvertrag auf weitreichende Änderungen im Befristungsrecht geeinigt, welche die Möglichkeit insbesondere der sachgrundlosen Befristung stark einschränken werden. Ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 II TzBfG sollen Befristungen nur noch für 18 statt bislang 24 Monate zulässig sein. Bis zu dieser Gesamtdauer wäre nur noch eine einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung möglich.

Zusätzlich ist nach dem derzeitigen Stand geplant, eine Quote für sachgrundlose Befristungen einzuführen. Unternehmen mit mehr als 75 Beschäftigten (Schwellenwert) dürfen nur noch maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristen. Bei einem Überschreiten dieser Quote gilt jedes weitere dieser Arbeitsverhältnisse als unbefristet zustande

gekommen. Der Bezugspunkt soll dabei jeweils der Zeitpunkt der letzten Einstellung ohne Sachgrund sein.

Ein Schwellenwert ohne Sachgrund

Für mittelständische und Großunternehmen würde die sachgrundlose Befristung damit zu einem „Exoten“, der mit einem hohen Bearbeitungs- und Kontrollaufwand einhergeht. So kann etwa ein Unternehmen mit 500 Arbeitnehmern nur noch zwölf Mitarbeiter wirksam sachgrundlos befristen. Bei Unternehmen mit hundert Beschäftigten wären es nur zwei Mitarbeiter entsprechend zwei Prozent der Belegschaft. Wie Unternehmen auf diese Einschränkung reagieren werden, ist offen. Neben den erhofften unbefristeten Einstellungen könnte es zu mehr Befristungen mit Sachgrund kommen. Denkbar ist auch ein verstärkter Rückgriff auf interne und externe Instrumente des Personaleinsatzes wie Überstunden, Jobrotation, Leiharbeit, freie Mitarbeiter, Dienst- oder Werkverträge sowie alternierende Beschäftigungsformen.

Mit der Einführung eines Schwellenwertes von 75 Beschäftigten oberhalb dessen der Gesetzgeber die Neuregelung einführen will, offenbart er letztlich seine arbeitspolitische Zielrichtung, die sachgrundlose Befristung in Groß- und mittelständischen Unternehmen im Sinne einer Ausnahme zurückzudrängen. Im Hinblick auf das Ziel der Neuregelung, einem „Missbrauch bei sachgrundlosen Befristungen vorzubeugen“, erschließt es sich indes nicht, warum Unternehmen bis zu 75 Beschäftigten unbegrenzt jeden neuen Arbeitnehmer sachgrundlos befristet einstellen können sollen, während Unternehmen ab 76 Arbeitnehmern unter die rigide Quote von 2,5 Prozent fallen. Statt rechtlicher Sachlogik geben hier der politische Kompromiss in den Koalitionsverhandlungen und die Beschränkung einer flexiblen Personalplanung die Richtung vor.

Ein besonderes Risiko bei der sachgrundlosen Befristung nach der geplanten Neuregelung dürfte für den Arbeitgeber insbesondere darin liegen, dass bei der Höchstquote von 2,5 Prozent der Belegschaft auch solche Befristungen zu berücksichtigen sind, bei denen – entgegen der irrigen Annahme des Arbeitgebers – ein Sachgrund in Wirklichkeit nicht vorlag. So ergeben sich prozessrechtliche Folgeprobleme im Rahmen von Entfristungsklagen. Unter Umständen ist ein Entfristungsrechtsstreit auszusetzen, bis rechtskräftig über die Wirksamkeit von Sachgrundbefristungen entschieden ist. Gegebenenfalls haben die Arbeitsgerichte auch

die Darlegungs- und Beweislast in dem Sinne neu zu justieren, dass der Arbeitnehmer primär darzulegen und zu beweisen hat, dass von ihm im Prozess konkret benannte Sachgrundbefristungen unwirksam sind und deshalb die 2,5-Prozent-Quote tatsächlich überschritten wird.

Praktiker stehen vor einem Rätsel

Von der Quote dürften nach Schätzungen etwa 400 000 Beschäftigungsverhältnisse betroffen sein. Sie kommt letztlich einem Verbot Sie kommt letztlich einem Verbot von sachgrundlosen Befristungen in Betrieben

mit mehr als 76 Arbeitnehmern gleich. Denn aus der Sicht des Praktikers ist völlig unklar, wie die Einhaltung der Quote unternehmensweit rechtssicher überprüft und sichergestellt werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn man das Risiko gegebenenfalls unwirksamer Sachgrundbefristungen einpreist, die auf die zulässige Höchstquote durch-

schlagen. Auch die generelle Begrenzung der Befristung – also auch der Sachgrundbefristung – auf einen Zeitraum von längstens fünf Jahren mag zwar politisch gewollt sein, dürfte aber keine tragfähige dogmatische Grundlage mit Blick auf die nach § 14 I TzBfG anzustellende Sachgrundprüfung darstellen.

Befristungsrecht ist arbeitsrechtliches Kernrecht. Es ist unübersichtlich. Es gibt viel zu beachten und an Fehlerquellen sowie Störfaktoren mangelt es nicht. Deshalb sind gute Planung, sorgfältige Risikoabschätzung und Dokumentation sowie konsequente Rechtsumsetzung ein unverzichtbares Muss für HR. Gleiches gilt für die regelmäßige Überprüfung des Arbeitsvertragsbestandes und ein Update der eigenen Handlungspraxis an das dynamische Rechtsumfeld und die weiterhin im Fluss befindliche Rechtsprechung. Die beabsichtigte Neuregelung wirft zahlreiche Abgrenzungsfragen auf und birgt bis zu einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung erhebliche Risiken und Unsicherheiten. ■

Anstelle rechtlicher Sachlogik gibt der politische Kompromiss die Gangart vor, die zu einer Beschränkung der flexiblen Personalplanung führt.

AUTOR



Dr. Joachim Holthausen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner, Holthausen Maaß Steffan Rechtsanwälte, Köln, holthausen@hms-arbeitsrecht.de

