

## **Blick ins Arbeitsrecht**

**von Rechtsanwalt Michael Eckert, Heidelberg \***

### **I. Neue Gesetzesvorhaben:**

#### **Diskussionsstand zur Reform des Befristungsrechts**

Im Koalitionsvertrag hat die regierende große Koalition erklärt, das Recht der befristeten Arbeitsverträge wesentlich ändern zu wollen.

Ziel ist es, insbesondere sachgrundlose Befristungen und Zweckbefristungen erheblich einzuschränken bzw. zu erschweren. Dadurch sollen dann Beschäftigte eher die Chance haben, einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu erhalten.

Diese Reform ist noch nicht verabschiedet. Da der Abschluss von Arbeitsverträgen immer eine Entscheidung für die Zukunft ist, ist es für Arbeitgeber wie für Beschäftigte wichtig zu wissen, welche Änderungen geplant sind.

#### Zunächst ein Blick auf die tatsächliche Situation:

Nach jüngsten Angaben des Nürnberger Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) waren zuletzt in Deutschland etwa 3,15 Millionen Menschen befristet beschäftigt. Dies ist etwa jeder Zwölfte von insgesamt 38 Millionen Beschäftigten. Die Befristung soll bei 6% der Betroffenen auf eigenen Wunsch, im Übrigen auf Wunsch des Arbeitgebers erfolgt sein. Jeweils etwa die Hälfte der befristeten Verträge sollen mit bzw. ohne Befristungsgrund abgeschlossen worden sein.

Wichtig ist aber auch ein Blick darauf, wie sich diese befristeten Verträge dann im Laufe der Beschäftigung entwickeln: Vertragsänderungen bei Befristungen sind zu einem Drittel auf die Verlängerung von befristeten Verträgen zurückzuführen. In 42% der Veränderungen erfolgt eine innerbetriebliche Übernahme in ein Dauerarbeitsverhältnis, wobei diese Übernahmen besonders häufig bei sachgrundlosen Befristungen erfolgen.

Besonders interessant ist im Zusammenhang mit der aktuellen Reformdebatte auch, dass sich die meisten Befristungen im Öffentlichen Dienst (und nicht etwa in der Privatwirtschaft!) finden. Auch Bundesministerien schaffen neue Stellen in mehr als 50% aller Fälle nur befristet, in den meisten Fällen ohne Befristungsgrund.

In den Koalitionsverhandlungen wollte die SPD noch die Befristungsmöglichkeit ohne Befristungsgrund ganz abschaffen. Als Kompromiss sollen sachgrundlose Befristungen nun sehr stark eingeschränkt werden, wobei allerdings eine dahinterstehende Systematik zumindest für den Autor dieses Beitrages nicht zu erkennen ist.

#### Was ist geplant?

- Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten sollen nur noch maximal 2,5% der Belegschaft sachgrundlos befristen dürfen. Wird diese Quote überschritten, gilt jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen.
- Statt bisher 24 Monate soll nur noch eine sachgrundlose Befristung von 18 Monaten zulässig sein.
- Statt bisher drei zulässiger Verlängerungen einer ursprünglichen Grundbefristung innerhalb des Gesamtbefristungszeitraums von zwei Jahren soll zukünftig nur noch eine Verlängerung innerhalb des Zeitraums von maximal 18 Monaten zulässig sein.

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses soll grundsätzlich nicht zulässig sein, wenn zuvor ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

- Weiter soll eine Befristung nicht mehr zulässig sein, wenn zuvor ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben.
- Ausnahmen von den neuen Beschränkungen soll es geben, wenn eine Befristung mit Blick auf die Eigenart des Arbeitsverhältnisses erfolgen soll (z.B. Künstler, Fußballer)
- Auf die Höchstdauer von fünf Jahren Befristungen sollen auch vorherige Entleihungen des Beschäftigten angerechnet werden, gleichgültig ob es sich dabei um einen oder mehrere Entleihzeiträume handelt und ob diese über einen Verleiher oder mehrere Verleiher zustande gekommen sind. Ist der Fünf-Jahres-Zeitraum erfüllt, sollen weitere wirksame Befristungen mit

demselben Arbeitgeber erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren zulässig sein. Werden innerhalb der Karenzzeit befristete Verträge abgeschlossen, soll die Befristung unwirksam sein und automatisch ein unbefristeter Vertrag zustande kommen.

Meinung:

Das Recht der befristeten Arbeitsverträge bedarf nur an einer Stelle einer Änderung:

Für die Frage, ob ein befristeter Vertrag ohne Befristungsgrund zulässig ist, darf zukünftig nicht mehr darauf abgestellt werden, ob mit diesem Mitarbeiter bereits zuvor irgendwann einmal ein Arbeitsvertrag bestanden hatte. Dies führt aktuell noch dazu, dass unter Umständen ein Fünfzigjähriger bei einem Arbeitgeber keinen befristeten Vertrag ohne Befristungsgrund erhält, nur weil er mit 16 vielleicht einmal im Rahmen eines Ferienjobs dort einige Tage gearbeitet hat. Besser ist es hier, eine Karenzzeit von drei Jahren einzuführen. Dies ist nun auch geplant, wobei allerdings dieser Aspekt in meinen Augen der einzig sinnvolle ist.

Die übrigen geplanten Änderungen werden sich als kontraproduktiv für Arbeitgeber und Arbeitnehmer erweisen und sind auch mit Blick auf eine in der Politik bejahte Schutzwürdigkeit von Arbeitnehmern nicht notwendig:

Die eingangs geschilderten Zahlen müssen noch dahingehend ergänzt werden, dass der Anteil der befristeten Einstellungen eher rückläufig ist. Wurden im Jahr 2009 noch 46,8 % der Neueinstellungen befristet, waren es 2017 nur noch 43,5%. Auch 42% Übernahmen und 33% Verlängerungen gegenüber nur ca. 25% Beendigungen durch Personalabgänge zeigen, dass befristete Arbeitsverhältnisse einen „Jobmotor“ sind, und nicht eingeschränkt werden sollten.

Auch eine weitere Zahl belegt, dass das derzeitige Befristungsrecht keiner Reform bedarf. Betrachtet man sämtliche Personalabgänge in Deutschland ergibt sich folgendes Bild:

- Arbeitnehmerkündigungen ca. 43%
- Arbeitgeberkündigungen ca. 22%
- Befristungsende ca. 12%
- Rente ca. 8%
- Einvernehmliche Beendigung ca. 6%

Insbesondere auch mit Blick auf die demografische Entwicklung zeigt sich, dass Befristungen Arbeitnehmern eher Chancen geben und sie nicht im Gegenteil einschränken.

Aber auch der jetzt gefundene und noch umzusetzende politische Kompromiss ist nicht nachvollziehbar.

Ein großer Teil der Beschäftigten arbeitet in Betrieben mit bis zu 75 Arbeitnehmern. Diese werden von der neuen Regelung möglicherweise gar nicht erfasst. Dies soll aber nicht als Kritik verstanden werden, da es gerade diese kleineren und mittleren Unternehmen sind, die Befristungen dringend benötigen, um auf wirtschaftliche Schwankungen reagieren zu können.

Je schwerer eine betriebsbedingte Kündigung rechtlich durchzusetzen ist, desto eher benötigen Unternehmen befristete Verträge um planen zu können. Wer beispielsweise in den Genuss eines Umsatzwachstums kommt weiß noch nicht, wie sich dieses im nächsten und übernächsten Jahr entwickeln wird. Hier hilft der Abschluss von befristeten Verträgen, die dann bei guter Entwicklung in Dauerarbeitsverhältnisse umgewandelt werden können. Scheitert eine solche befristete Einstellung an den neuen Regelungen oder lässt sie sich nur noch im Umfang von 2,5 % aller Beschäftigungsverhältnisse realisieren, wird der Unternehmer im Zweifel keine Arbeitsplätze schaffen, da betriebsbedingte Kündigungen bei schlechter Konjunktur zwar theoretisch möglich sind. Die von den Arbeitsgerichten hier aufgestellten Hindernisse sind jedoch so hoch, dass viele solcher Kündigungen scheitern. Auch bei einem Obsiegen kommen erhebliche Kosten für Kündigungsschutzverfahren auf den Arbeitgeber zu.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen bereits heute mit erheblichen Restriktionen, Formerfordernissen und rechtlichen Risiken belastet ist. Die Wirksamkeit einer Befristung wird nicht etwa zu Beginn des Arbeitsverhältnisses festgestellt, sondern erst bei dessen geplantem Ende.

All dies spricht schon dafür, Befristungen nicht weiter einzuschränken.

Hinzu kommt, dass die Koalition derzeit offensichtlich zwischen „schlechten“ sachgrundlosen Befristungen und teilweise akzeptablen „Befristungen mit Sachgrund“ unterscheidet. Eine sachgrundlose Befristung wird oft als willkürlich und Einstieg in Kettenbefristungen dargestellt. Daher sollen die geplanten Änderungen auch im Wesentlichen auf sachgrundlose Befristungen zielen. Das Gegenteil ist aber richtig:

So sind sachgrundlose Befristungen bereits jetzt besonders streng reglementiert. Sie dürfen i.d.R. nur für maximal zwei Jahre abgeschlossen werden. Innerhalb dieser zwei Jahre darf es maximal drei Ver-

längerungen geben. War der Arbeitnehmer früher schon zu irgendeinem Zeitpunkt einmal beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt, erweist sich die Befristung als unwirksam und das Arbeitsverhältnis kommt unbefristet zustande (siehe Beschluss Bundesverfassungsgericht 06. Juni 2018, 1 BvL 7/14, hier II 1).

Dagegen können Befristungen mit Sachgrund für einen viel längeren Zeitraum vereinbart werden und dem Aneinanderreihen von Befristungen mit verschiedenen Sachgründen wird bisher kaum ein Riegel vorgeschoben.

In der politischen Diskussion stehen zwar sog. Kettenbefristungen, die bei sachgrundlosen Befristungen aber von vorneherein ausgeschlossen sind. Es ist auch sehr oft die öffentliche Hand, die Beschäftigte über viele Jahre oder Jahrzehnte mit jeweils unterschiedlichen Befristungsgründen in Abhängigkeit hält und so das Eingreifen eines Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz vermeiden möchte. Sogar bei Arbeitsgerichten finden sich immer mehr befristete Beschäftigte, aufgrund des Drucks der Politik.

Ob die Betroffenen von der jetzt vorgesehenen maximalen Gesamtbefristung von fünf Jahren profitieren werden, bleibt jedoch abzuwarten. Anstelle der von der Koalition beabsichtigten Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis wird eher damit zu rechnen sein, dass wiederum befristete Neueinstellungen erfolgen werden. Die bisher Beschäftigten hätten dann statt Vor- nur Nachteile von der geplanten neuen Regelung.

Völlig unklar ist noch die konkrete Ausgestaltung der geplanten Regelung, wobei bei Arbeitgebern mit mehr als 75 Beschäftigten nur noch maximal 2,5% der Belegschaft sachgrundlos befristet werden dürfen. Werden hier die Beschäftigten nach Köpfen oder nach Vollzeitarbeitsplätzen gezählt? Macht es angesichts einer solchen geplanten Regelung für den Arbeitgeber nicht Sinn, die Zahl der eigenen Beschäftigten unter 76 zu halten und beispielsweise verstärkt mit Leiharbeitnehmern zu arbeiten, was aber beschäftigungspolitisch auch unerwünscht ist?

Die geplante neue Regelung würde auch insbesondere den öffentlichen Dienst treffen, da als „Arbeitgeber“ ja die Anstellungskörperschaft „Bund“ oder „Bundesland“ gelten. Es könnte dann nicht mehr auf einzelne Betriebe, beispielsweise Ämter o.ä. abgestellt werden.

Schließlich treibt der Gesetzgeber mit der neuen Regelung Arbeitgeber immer weiter in Alternativen, die sich negativ auf den Beschäftigungsmarkt auswirken würden, beispielsweise die Verlagerung ins Ausland, die Inanspruchnahme von Leiharbeitnehmern, der Abschluss von unternehmerischen Dienst- oder Werkverträgen etc.

Die geplante Verkürzung von sachgrundlosen Befristungsmöglichkeiten auf 18 Monate mit nur noch einer Verlängerungsmöglichkeit innerhalb dieses Zeitraums führt zunächst einmal zu einer verkürzten Beschäftigung, wobei noch zu prüfen sein wird, ob dies auch vor Wirksamwerden der Reform abgeschlossene befristete Arbeitsverträge betrifft. Diese Verkürzung hat für Arbeitnehmer, die nicht übernommen werden, auch den erheblichen Nachteil, dass sich die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes von bisher zwölf Monaten (bei 2-jähriger Beschäftigung) auf nur noch neun Monate (bei 18-monatiger Beschäftigung) reduzieren wird.

Die Beschränkung einer befristeten Beschäftigung insgesamt auf maximal fünf Jahre, die für sachgrundbefristete Verträge bisher überhaupt nicht galt, führt zu erheblichen weiteren Problemen: Was macht ein Arbeitgeber, der beispielsweise einen Projektarbeitsvertrag für ein auf sechs Jahre befristetes Projekt, einen entsprechenden Auslandseinsatz o.ä. abschließen möchte? Wie sieht es mit einer auf einem gerichtlichen Vergleich beruhenden vorübergehenden Weiterbeschäftigung über die Fünf-Jahres-Grenze hinaus aus? Wäre diese wirksam? Die Einberechnung von Leiharbeitszeiten könnte dazu führen, dass Leiharbeiter zukünftig eine wesentlich geringere Chance haben, in ein festes Arbeitsverhältnis, zunächst auf befristeter Basis, übernommen zu werden.

Wie sieht es bei wiederkehrenden Saison-Arbeitsverhältnissen aus? Muss sich beispielsweise das Freibad, das jeweils für sechs Monate einen Bademeister, Reinigungskräfte etc. anstellt, nach zehn Jahren neue Mitarbeiter suchen? Dies sind Fragen, die insbesondere in der Gastronomie eine große Rolle spielen, wo sie für die dort beschäftigten Arbeitnehmer einen Arbeitsplatzverlust mit sich bringen können.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die hier geplante Reform am Bedarf von Arbeitgebern und Arbeitnehmern weit vorbeigeht und mehr Probleme schafft als sie lösen soll. Einzuführen ist bei sachgrundlosen Befristungen eine Karenzzeit von drei Jahren, wie sie das BAG vorgeschlagen hat, die aber am Bundesverfassungsgericht (siehe II 1) gescheitert ist. Gedacht werden könnte eventuell daneben an einen Schutz vor Kettenbefristungen mit Sachgrund, wobei aber die jetzt vorgeschlagene Lösung mehr schadet, als dass sie allen Betroffenen hilft. Arbeitgeberinteressen haben in der politischen Diskussion aktuell leider wenig Konjunktur, selbst wenn sie sich mittelbar positiv auch für Arbeitnehmer auswirken.

## II. Rechtsprechung

### 1. Keine Karenzzeit bei Abschluss von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen

BAG, Beschluss vom 06. Juni 2018 – Az: 1 BvL 7/14; 1 BvR 375/14

Vorliegend haben ein Arbeitsgericht und ein Arbeitnehmer die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu einer Karenzzeit beim Abschluss von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen gerügt und einen Verfassungsverstoß geltend gemacht. Das Bundesverfassungsgericht hat den Anliegen stattgegeben und die jüngste Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als grundgesetzwidrig eingeordnet. Die gesamte Arbeitsgerichtsbarkeit muss daher ihre diesbezügliche Rechtsprechung ab sofort ändern, Arbeitgeber müssen in Zukunft bei Einstellungen noch genauer auf eine Vorbeschäftigung prüfen.

#### Im Einzelnen:

§ 14 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) sieht in Absatz 2 Satz 2 folgendes vor:

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

Im Arbeitsrecht ist seit Einführung dieser neuen Regelung im Dezember 2000 die Auslegung des Begriffs „zuvor“ höchst streitig. Bei wörtlicher Auslegung ist jedes vorangehende Arbeitsverhältnis gemeint. Eine bestimmte Karenzfrist ist hier nicht vorgesehen.

Diese Regelung hat in der Praxis überwiegend heftige Kritik erfahren, und zwar sowohl von Arbeitgeber- als auch von Arbeitnehmerseite. Ziel einer solchen Regelung ist es offenkundig, Kettenbefristungen ohne Befristungsgrund zu vermeiden. Das Vorgängergesetz (§ 1 Absatz 3 Beschäftigungsförderungsgesetz) hatte hier eine Karenzzeit von vier Monaten vorgesehen: Nach einer Unterbrechung von vier Monaten durfte ein neues sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber geschlossen werden. Diese Karenzzeit war z.T. für zu kurz erachtet worden. Statt sie zu verlängern hat der Gesetzgeber aber das Wort „zuvor“ verwendet. Dies hatte dann in der Praxis zur Folge, dass beispielsweise ein Fünfzigjähriger nicht sachgrundlos befristet eingestellt werden durfte, weil er (so ein Fall des Autors) mit 16 im Rahmen eines Ferienjobs beim gleichen Arbeitgeber (Rasenmähen, Keller aufräumen, Hof kehren) gearbeitet hatte.

Ogleich solche und ähnliche Fälle als absolut unbefriedigend angesehen wurden und anerkannt war, dass die vorzitierte gesetzliche Regelung wirklich unsinnig ist, gab es von Seiten des Bundesgesetzgebers keine Bemühungen, dies zu ändern, was ja einfach möglich gewesen wäre.

Das Bundesarbeitsgericht konnte dann offensichtlich dieser völlig unbefriedigenden Situation nicht länger zusehen und hat in einer in der Tat denkwürdigen Entscheidung festgehalten, dass der Begriff „zuvor“ mit „in den letzten drei Jahren“ zu übersetzen sei. Auf diese Weise sollte eine in der Tat praxisgerechte und sinnvolle Regelung geschaffen werden, die im Interesse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern wäre.

Diese Entscheidung des BAG hätte dazu führen sollen, dass der Ferienjob aus der Jugendzeit einer neuen Einstellung im Rahmen eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages nicht mehr entgegenstünde.

Die Entscheidung des BAG war letztlich eine Hilfeschrei der Rechtsprechung und eine Anklage an die Bundesregierung(-en), dies es in 18 Jahren nicht geschafft haben, den o.g. redaktionellen „Fehler“ seitens des Gesetzgebers zu beseitigen.

Das Bundesverfassungsgericht hat aber nunmehr – erwartungsgemäß – klargestellt, dass „richterliche Rechtsfortbildung den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen darf“, so gut und vernünftig dies

#### Zum Hintergrund:

Die vom BAG angenommene dreijährige Karenzzeit hat weder im Gesetzestext des TzBfG noch in dessen Motiven irgendeinen Rückhalt gefunden. Das BAG hat nicht, was seine Aufgabe als Gericht ist, bestehendes Recht ausgelegt und angewendet, sondern neues Recht geschaffen. Die vom BAG in der angegriffenen Entscheidung gegebenen Gründe für einen Karenzzeitraum einerseits und gerade für eine Karenzzeit von drei Jahren andererseits, haben diese Entscheidung von vorneherein nicht tragen können. Sie waren letztlich ergebnisorientiert und hätten eine entsprechende Gesetzesinitiative im Bundestag sehr gut begründen können. Die Aufgabe der Gerichte ist im Rahmen der Gewaltenteilung aber nicht die Schaffung neuen Rechts, was das Bundesverfassungsgericht jetzt nochmals deutlich ausgesprochen hat.

Gute anwaltliche Berater haben Arbeitgebern in jüngerer Zeit ohnehin geraten, die eigentlich für sie günstige BAG-Rechtsprechung beim Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen nicht zu beachten,



sondern sich nur an den Gesetzestext zu halten. Wie gut und vorausdenkend dieser Rat war, zeigt sich jetzt:

#### Auswirkungen auf die Praxis:

Das Bundesverfassungsgericht stellt klar, dass es bei der wörtlichen Auslegung des TzBfG bleibt: Der Abschluss eines sachgrundlos befristeten Vertrages ist nur zulässig, wenn zwischen den Arbeitsvertragsparteien zuvor noch niemals ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, gleichgültig wie lange dies zurückliegen mag und wie lange es gedauert haben mag. Auch der Ferienjob als sechzehnjähriger hindert daher grundsätzlich eine wirksame sachgrundlose Befristung im fortgeschrittenen Erwerbsalter.

Arbeitgeber, die möglicherweise auf die Wirksamkeit der jüngeren BAG-Rechtsprechung (Karenzfrist von drei Jahren) vertraut haben, müssen sich nunmehr auf Entfristungsklagen einstellen, da hiervon betroffene Arbeitnehmer nunmehr auf die Unwirksamkeit einer vereinbarten Befristung klagen könnten. Dies gilt zumindest, soweit der Arbeitsvertrag noch andauert bzw. wenn seit dem vorgesehenen Befristungsende nicht mehr als drei Wochen vergangen sind.

Hat beispielsweise ein Arbeitgeber vor einem Jahr einen Arbeitnehmer ohne Sachgrund befristet für zwei Jahre eingestellt, der fünf Jahre zuvor schon einmal in einem Arbeitsverhältnis zum gleichen Unternehmen stand, ist zwar der damals geschlossene Arbeitsvertrag wirksam, nicht aber die gleichzeitig vereinbarte Befristung. Abgeschlossen wurde somit ein unbefristeter Vertrag.

Diesen Arbeitgebern hilft es jetzt auch nicht, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung einen aus Sicht des Autors deutlichen Hinweis an die Bundesregierung verbunden hat, hier – möglicherweise im Sinne der BAG-Absicht – eine Gesetzesänderung herbeizuführen.

So richtig die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts generell ist, so wenig nachvollziehbar sind Teile des Beschlusses. So greift das Bundesverfassungsgericht beispielsweise den o.g. Fall mit dem Ferienjob auf. Hier soll das sich aus dem aktuellen Gesetz (§ 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG) ergebende Verbot „unzumutbar“ sein und damit wohl nicht gelten. Unzumutbar sei eine Anwendung des Gesetzes beispielsweise allgemein auch dann, wenn eine Vorbeschäftigung „sehr lange zurück liegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist“. Dies sei beispielsweise der Fall bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul-, Studien- oder Familienzeit, bei Werkstudierenden, studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Bereich ihrer Berufsqualifizierung oder bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiografie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergehe. Die Arbeitsgerichte, so das Bundes-

verfassungsgericht, können und müssen in derartigen Fällen durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG einschränken.

Dies gibt aber nun allen Beteiligten Steine statt Brot: Die vom Bundesverfassungsgericht aufgeführten Fälle sind nicht klar abgrenzbar. Was bedeutet „sehr lange zurück liegt“? Was ist eine „sehr kurze Dauer“? Wann ist ein ehemaliges Arbeitsverhältnis anders geartet als das geplante neue befristete Arbeitsverhältnis? Was ist eine freiwillige Unterbrechung der Erwerbsbiografie?

Die „Auslegung“ des Bundesarbeitsgerichts dahingehend, dass eine „sehr lange zurück liegende“ Vorbeschäftigung eine solche sei, die mehr als drei Jahre zurückliege, hat das Bundesverfassungsgericht als unzulässigen Eingriff in die Gesetzgebungshoheit der Legislative angesehen. Wie soll hier ein Arbeitsgericht entscheiden, was dann noch eine zulässige verfassungskonforme Einschränkung des Anwendungsbereiches von § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG ist und wo ein Verstoß gegen die Gewaltenteilung beginnt?

Das Bundesverfassungsgericht sieht, dass die derzeitige Regelung in ihrer umfassenden Auslegung (jede Vorbeschäftigung) nicht verfassungskonform ist und möglicherweise auch gegen Artikel 12 Grundgesetz (Berufsfreiheit) verstoßen könnte. Die Entscheidung, wo ein Verstoß vorliegt wird aber nicht getroffen, mit der Folge, dass in Zukunft jedes Arbeitsgericht insoweit auf sich allein gestellt ist und entsprechende Entscheidungen jeweils zu Verfassungsbeschwerden führen dürften.

Im Ergebnis ist der Gesetzgeber nunmehr – mehr als je zuvor – dringend aufgefordert, hier eine klare Regelung zu verabschieden im Sinne einer Karenzfrist, die irgendwo zwischen sechs Monaten und drei Jahren liegen dürfte.

## **2. Ein Auflösungsantrag gemäß § 9 KSchG befreit nicht von der Arbeitspflicht**

BAG, Urteil vom 14. Dezember 2017 – Az: 2 AZR 86/17

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen. Im Verlauf des vom Arbeitnehmer angestrebten Kündigungsschutzprozesses hat dann der Arbeitgeber den Kündigungsschutzantrag des Arbeitnehmers anerkannt, d.h. erklärt, er werde aus der Kündigung keine Rechte mehr herleiten und das Arbeitsverhältnis solle fortgesetzt werden. Damit hätte der Arbeitnehmer eigentlich den Rechtsstreit „gewonnen“. Mit diesem Ergebnis war er aber ganz und gar nicht einverstanden, weshalb er nun seinerseits den Antrag gestellt hat, das Arbeitsverhältnis gemäß § 9 KSchG aufzuheben. Nach dieser Vorschrift kann das Arbeitsgericht auf Antrag einer der Parteien das Arbeitsverhältnis durch Richterspruch beenden, wenn der antragstellenden Partei eine

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unabhängig von Kündigungsgründen nicht zugemutet werden kann. Solche Fälle sind recht selten.

Der Arbeitnehmer hat dann, nach Stellung des Auflösungsantrages, noch bis zum Ablauf der ursprünglich vom Arbeitgeber gesetzten ordentlichen Kündigungsfrist weiter gearbeitet und sodann seine Tätigkeit eingestellt. Dies wiederum hat der Arbeitgeber zum Anlass genommen, zunächst zwei Abmahnungen wegen Arbeitsverweigerung auszusprechen und dann das Arbeitsverhältnis wiederum seinerseits, nunmehr außerordentlich und fristlos, wegen Arbeitsverweigerung zu kündigen. Der Arbeitnehmer hat hiergegen Kündigungsschutzklage erhoben.

Der auf den ersten Blick etwas kompliziert klingende Sachverhalt ist eigentlich ganz einfach: Der Arbeitnehmer wollte zwar ausscheiden, aber nur gegen Zahlung einer Abfindung, die er wohl im Verhandlungswege nicht durchsetzen konnte.

Das Arbeitsgericht hat zunächst den Aufhebungsantrag des Arbeitnehmers zurückgewiesen: Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber eine Kündigung ausgesprochen und diese wieder „zurückgenommen“ hat, rechtfertigt keinen Auflösungsantrag.

Daneben hat das Gericht auch letztinstanzlich die Kündigungsschutzklage gegen die fristlose Kündigung zurückgewiesen.

Ein Arbeitnehmer, der trotz zweier Abmahnungen und laufendem Arbeitsverhältnis nicht zur Arbeit erscheint, verstößt in erheblicher Weise gegen arbeitsvertragliche Pflichten. Dem Arbeitgeber ist in diesem Fall regelmäßig eine weitere Zusammenarbeit auch bis zum nächsten ordentlichen Beendigungstermin nicht zuzumuten. Nachhaltige Arbeitsverweigerung stellt in der Regel einen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Der Arbeitnehmer war durch die Abmahnungen ausreichend gewarnt und auch eine Abwägung aller wechselseitigen Interessen führte nicht zu einem anderen Ergebnis.

Zuletzt hatte der Arbeitnehmer noch argumentiert, er sei nach Stellung des Auflösungsantrages berechtigt gewesen, dem Arbeitsplatz fern zu bleiben. Eine rechtliche Begründung hierfür gibt es jedoch nicht. Auch der Hinweis des Arbeitnehmers, sein eigener Anwalt habe ihn insoweit - falsch - beraten, war kein ausreichendes Argument gegenüber der wirksamen fristlosen Kündigung.

Praxishinweis:

Kündigungsschutzverfahren sind oft auch taktisch zu führende Verfahren. Hier hat sich der Arbeitnehmer schlicht „verkalkuliert“ da er einerseits nicht mehr weiter arbeiten und eine Abfindung erhalten wollte, andererseits aber auch nicht bereit war, die Rechtsfolgen seines Handelns zu tragen oder zuvor abzuwägen.

Die vorliegende Entscheidung ist zu begrüßen, nachdem das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vor einigen Jahren einmal die Meinung vertreten hatte, nach Stellung (!) eines Auflösungsantrages könne der Arbeitnehmer der Arbeit fernbleiben, ohne sich dem Vorwurf einer beharrlichen Arbeitsverweigerung auszusetzen (LAG Rheinland-Pfalz, 07. April 2005, 4 Sa 955/04).

### **3. Verfallfristen bei der Arbeitnehmerhaftung**

BAG, Urteil vom 07. Juni 2018 – Az: 8 AZR 96/17

Der Arbeitnehmer war in einem Autohaus als Verkäufer beschäftigt. Es bestand dort die klare Anweisung, dass verkaufte Fahrzeuge erst nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises an den Kunden herausgegeben werden. Ferner enthielt der Arbeitsvertrag eine Verfallsfrist dergestalt, dass sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (ausgenommen Provisionsansprüche) innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit geltend zu machen sind um sie nicht verfallen zu lassen. Spätestens waren Ansprüche innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen.

Entgegen der ihm bekannten Anweisung hat der Arbeitnehmer ein Fahrzeug für das lediglich eine Anzahlung geleistet worden war, an den Kunden herausgegeben. Dieser hatte zugesagt, das Fahrzeug nach einer vorübergehenden Nutzung bis zur Zahlung des Restpreises wieder zurückzubringen, was natürlich nicht geschehen ist.

Der Arbeitgeber hat zunächst versucht, den Restkaufpreis vom Kunden zu erhalten. Hier gab es Rechtsverfolgungsmaßnahmen im Ausland, eine Detektei wurde beauftragt etc. Schließlich hat der Arbeitgeber auch noch Klage gegen den Kunden eingereicht, bei der jedoch schon die Zustellung scheiterte.

Das BAG hat die Auffassung vertreten, dass die Ansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer aufgrund der vertraglichen Klausel verfallen seien. Die Drei-Monats-Frist habe spätestens dann zu laufen begonnen, als der Arbeitgeber sich entschieden habe, Klage gegen den Kunden zu erheben. Die Klage

sei am 20. August 2015 bei Gericht eingereicht worden, mithin müsse die Entscheidung zur Klageerhebung *vor* diesem Tag gefallen sein. Ein an den Arbeitnehmer gerichtetes Schreiben zur Geltendmachung des Schadens vom 20. November 2015 habe daher die *vor* dem 20. August 2015 begonnene Drei-Monats-Frist nicht rechtzeitig unterbrochen. Im Übrigen hatte das Gericht Zweifel daran, ob das Aufforderungsschreiben vom 20. November 2015 die Frist gewahrt hätte. Schon vor Klageerhebung habe bereits festgestanden, dass Leistungen von dem Kunden wohl nicht mehr zu erhalten sind und auch eine Klage eine Erfüllungsaussicht nicht verbessern würde.

Die Verfallsfrist habe daher spätestens dann zu laufen begonnen, als dem Arbeitgeber klar gewesen sei, dass Ansprüche gegenüber dem Kunden nicht ohne weiteres würden realisiert werden können.

#### Praxishinweis:

Die Drei-Monats-Frist beginnt somit nach Auffassung des BAG nicht bereits mit der Vertragsverletzung, also mit der Herausgabe des Fahrzeuges zu laufen, sondern erst dann, wenn erkennbar wird, dass der Arbeitgeber Ansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer anmelden muss, um sich schadlos zu halten.

#### **4. Betriebsübergang und Wiedereinstellungsanspruch im Kleinbetrieb**

BAG, Urteil vom 19. Oktober 2017 – Az: 8 AZR 845/15

In der Praxis kommt es häufiger zu folgenden Fallkonstellationen: Ein Arbeitgeber entschließt sich, seinen Betrieb zu schließen und kündigt den Arbeitnehmern unter Berücksichtigung der jeweiligen Kündigungsfrist zum beabsichtigten Schließungstag. In Betrieben, in denen das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet hat das BAG in verschiedenen Fällen einen Wiedereinstellungsanspruch dann bejaht, wenn ein Arbeitnehmer im Vertrauen auf die Betriebsschließung keine Kündigungsschutzklage erhoben hatte, sich dann allerdings herausstellt, dass entgegen der ursprünglichen Erwartungen keine Schließung erfolgt, sondern ein Betriebsübergang und der Arbeitsplatz daher nicht entfällt.

Ähnlich war die Situation im vorliegenden Fall: Hier hatte der Inhaber einer Apotheke eine Kündigung zum 30. Juni ausgesprochen mit der Begründung, er werde die Apotheke schließen. Beschäftigt waren dort mit dem Kläger des vorliegenden Verfahrens insgesamt fünf Arbeitnehmer, so dass es sich um einen Kleinbetrieb gehandelt hat, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet.

Anders als ursprünglich geplant kam es nicht zur Schließung der Apotheke, sondern zur Übernahme durch einen anderen Betreiber. Nun erhob der Arbeitnehmer Klage und zwar gegenüber dem ehema-

ligen Inhaber und gegenüber dem neuen Inhaber. Das Arbeitsgericht hatte in erster Instanz die Klage gegen beide Arbeitgeber abgewiesen. Im Berufungs- und Revisionsverfahren hat der Arbeitnehmer nur die Klage gegenüber dem neuen Arbeitgeber weiter geführt, was sich als Fehler herausgestellt hat.

Das BAG hat zunächst darauf hingewiesen, dass ein Wiedereinstellungsanspruch, wie er unter Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes schon bejaht worden ist, in Kleinbetrieben nicht gilt. Dies ist zunächst ein sehr wichtiger Grundsatz, der hier klargestellt worden ist.

Daneben hat das BAG noch darauf hingewiesen, dass auch in Kleinbetrieben ohne Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes manchmal zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber bei Ausspruch einer Kündigung ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme hat vermissen lassen. Dies sind beispielsweise Fälle, in denen ein langjährig Beschäftigter im fortgesetzten Alter mit erheblichen Unterhaltsverpflichtungen gekündigt wird, während ein gerade erst eingestellter lediger junger Mitarbeiter weiter arbeiten soll. Das BAG sah sich aber nicht in der Lage, die Anwendbarkeit dieser Grundsätze zu überprüfen, da sie nur gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber und nicht gegenüber dem neuen Arbeitgeber eine Rolle gespielt hätten. Das Verfahren gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber hatte der Arbeitnehmer aber nach Verlust der ersten Instanz nicht weiter verfolgt und das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit rechtskräftig werden lassen.

## **5. Bildung eines Konzernbetriebsrats bei Konzernspitze im Ausland**

BAG, Beschluss vom 23. Mai 2018 – Az: 7 ABR 60/16

Im vorliegenden Fall hatten die Betriebsräte verschiedener Gesellschaften in Deutschland beschlossen, einen Konzernbetriebsrat zu gründen. Dagegen haben sich die beteiligten Unternehmen gewandt und vor dem Arbeitsgericht insoweit Recht erhalten, als festgestellt worden ist, dass ein wirksamer Konzernbetriebsrat nicht errichtet worden ist.

Der Fall hatte folgenden Hintergrund:

Die Konzernspitze besteht aus einem in der Schweiz angesiedelten Unternehmen. Dieses Unternehmen hat in Deutschland eine Tochtergesellschaft, die wiederum weitere operativ tätige Tochtergesellschaften in Deutschland hat. Der Konzernbetriebsrat sollte bei der Obergesellschaft in Deutschland installiert werden mit der Begründung, hier handele es sich um einen Teilkonzern im Inland, für den ein Konzernbetriebsrat gebildet werden könnte.

Grundsätzlich ist dies zulässig. Die Besonderheit war jedoch hier, dass die im Inland befindliche „Zwischen“-Gesellschaft keine wesentlichen Leitungsaufgaben in personellen, sozialen oder wirtschaftlichen Angelegenheiten hatte. Weder gab es einen entsprechenden Vertrag, noch wurden solche Leitungsaufgaben tatsächlich wahrgenommen. Vielmehr wurde die Leitung in der Schweiz ausgeübt.

Damit war in Deutschland kein Konzernbetriebsrat zu errichten. Dies wäre nur zulässig gewesen, wenn die deutsche (Teil-)Konzernspitze solche Leitungsaufgaben ausgeübt hätte. Nur dann kann dort ein Konzernbetriebsrat errichtet werden.

## **6. Kündigung wegen Krankheit – Berücksichtigung einer Behinderung**

EuGH, Urteil vom 18. Januar 2018 – Az: C-270/16

Im vorliegenden Fall hat der Europäische Gerichtshof Stellung zu der Frage bezogen, ob bei einer Kündigung wegen Krankheit auch solche Fehlzeiten berücksichtigt werden dürfen, die auf eine Behinderung zurückzuführen sind. Es war von einem spanischen Arbeitnehmer gerügt worden, häufige und längere Fehlzeiten aufgrund seiner Behinderung (Adipositas) seien der Kündigungsgrund, was ihn entgegen der Vorschriften des AGG diskriminieren würde.

Die Frage, in welchem Verhältnis eine krankheitsbedingte Kündigung einerseits und das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung andererseits zueinander stehen, wird auch in Deutschland diskutiert. Eine abschließende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hierzu liegt noch nicht vor.

In Spanien, wo der Fall sich ereignet hat, gelten etwas andere Regelungen als in Deutschland. Dort darf der Arbeitgeber dann personenbedingt kündigen, der Arbeitnehmer an einer bestimmten Anzahl von Tagen, die gesetzlich geregelt sind, gefehlt hat. Das Gesetz regelt auch, dass bestimmte Fehlzeiten hierbei nicht mitgezählt werden dürfen. Dazu zählen beispielsweise ein Streik, Mutterschutz, Schwangerschaft, ein Arbeitsunfall aber auch Vaterschaft und krankheitsbedingte Abwesenheiten, die „von der Gesundheitsbehörde“ bestätigt, somit genehmigt sind.

Unabhängig von diesen zum Deutschen Recht bestehenden Unterschieden hat der Europäische Gerichtshof aber ausgesprochen, dass durchaus auch Krankheitszeiten für eine Kündigung berücksichtigt werden können, die auf eine Schwerbehinderung zurückzuführen sind. Allerdings muss die Schwerbehinderung und die damit verbundene Beeinträchtigung eines Arbeitnehmers durch das entscheidende Gericht geprüft und gewürdigt werden. Der EuGH weist dem entscheidenden Gericht auch die Aufgabe zu, zu prüfen, ob der jeweilige Gesetzgeber genug zum Schutze von Schwerbehinderten getan hat. Bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit behinderungsbedingte Fehlzeiten

bei einer Kündigungsentscheidung berücksichtigt werden, hat das Fachgericht eine vom EuGH bestätigte große Entscheidungsfreiheit.

**Anmerkung:**

Letztlich kommt es wieder auf den Einzelfall an, wobei der EuGH aber bestätigt, dass nach wie vor auch bei (Schwer-)Behinderten krankheitsbedingte Fehlzeiten bei der Frage berücksichtigt werden dürfen, ob eine krankheitsbedingte Kündigung zulässig ist.

In den Erwägungsgründen des Gerichts findet sich auch der Hinweis, dass für Arbeitgeber noch ein Anreiz bestehen muss, Behinderte einzustellen und weiter zu beschäftigen, indem das Recht vorsieht, dass Arbeitnehmer entlassen werden können, die krankheitsbedingt wiederholt eine Reihe von Tagen fehlen.

Ferner seien bei der Interessenabwägung auch Maßnahmen des Staates zu berücksichtigen, die darauf zielen, Schwerbehinderten wieder einen Zugang zum Arbeitsmarkt oder zu sonstigen Leistungen zu verschaffen, wozu in Deutschland beispielsweise die Leistungen des Integrationsfachdienstes zählen.

Das Gericht sieht es durchaus als zulässig an, wenn der nationale Gesetzgeber Regelungen erlässt, um dem vom Gericht sogenannten „Absentismus“ am Arbeitsplatz entgegen zu wirken. Dazu zählen auch krankheitsbedingte unregelmäßige und kurzzeitige Abwesenheiten vom Arbeitsplatz mit Blick auf die Erhöhung der Arbeitsproduktivität und -effizienz. Auch insoweit räumt das Gericht den Mitgliedstaaten einen weiten Wertungsspielraum ein.

**7. Altersdiskriminierung bei Suche nach „Junior-Sachbearbeiter“**

BAG, Urteil vom 15. Dezember 2016 – Az: 8 AZR 454/15

Ein Arbeitgeber hatte in einer Stellenanzeige nicht nur nach einem „Junior-Sachbearbeiter“ für die Kreditorenbuchhaltung gesucht, sondern auch darauf hingewiesen, dass dieser „frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung“ kommen solle.

Nach Ablehnung seiner Bewerbung hatte ein älterer Arbeitnehmer auf Zahlung einer Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Höhe von € 7.500,00 geklagt. Er hat die Klage in allen Instanzen gewonnen.



Das BAG hat ausgeführt, dass sich durch die Formulierung der Anzeige ältere Personen, wie der Kläger, benachteiligt fühlen müssten. Die Anzeige begründe daher die Vermutung, dass ältere Bewerber gegenüber jüngeren Bewerbern diskriminiert würden. Diese Vermutung konnte der Arbeitgeber nicht widerlegen.

Der Arbeitgeber konnte sich auch nicht damit rechtfertigen, ihm sei gerade für die ausgeschriebene Position „noch präsente Ausbildungsinhalte“ wichtig, die bei älteren Bewerbern oder solchen mit Berufserfahrung in der Regel nicht (mehr) vorhanden seien. Dies wurde aber nicht präzisiert und konnte daher die Annahme einer Diskriminierung nicht entkräften. Anders könnte es sein, wenn beispielsweise in einer aktuellen Ausbildung Inhalte vermittelt würden, die vor längerer Zeit noch nicht Gegenstand der Ausbildung waren und für die konkrete Stelle besonders wichtig sind. Solche Fälle wird es aber, insbesondere aufgrund der Möglichkeit, sich auch berufsbegleitend weiterzubilden, nur selten geben.

Rechtsanwalt

Michael Eckert

[www.edk.de](http://www.edk.de) | [eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de)