

Aktuelle Entwicklungen

Befristungsrecht

Die in der Praxis häufig genutzte Befristung von Arbeitsverhältnissen begegnet immer wieder arbeitsrechtlichen Herausforderungen und bietet Anlass politischer Kontroversen. Der Beitrag gibt einen Überblick der jüngsten Entwicklungen seit der Neujustierung der Rechtsprechung zum Vorbeschäftigungsverbot.

EINLEITUNG

Im Juni 2018 hatte das BVerfG die bisherige Rechtsprechung des BAG zum Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundloser Befristung als verfassungswidrig verworfen. In seinem Beschluss vom 6.6.2018 (1 BvL 7/14, AuA 8/18, S. 487) hatte es den Arbeitsgerichten neue Kriterien aufgegeben, wann eine sachgrundlose Befristung entgegen dem Wortlaut in § 14 Abs. 2 TzBfG trotz eines vorherigen Arbeitsverhältnisses zulässig ist. Danach muss die Vorbeschäftigung

- sehr lange zurückliegen,
- ganz anders geartet oder
- von sehr kurzer Dauer gewesen sein.

Diese Kriterien hat das BAG im Jahr 2019 in insgesamt sieben Urteilen konkretisiert (vgl. dazu ausführlich Körlings, AuA 4/20, S. 214 ff.).

Bei normalem Verlauf der Dinge hätten sich ein Jahr später weitere Konkretisierungen der Rechtsprechung des BAG berichten lassen. Die Covid-19-Pandemie trifft natürlich auch die Rechtsprechung, vor allem in Form von Terminverlegungen und Verzögerungen. So existiert ein Jahr später kein weiteres Urteil des BAG zum Vorbeschäftigungsverbot.

Das gibt Gelegenheit, den Blick auf einige Entwicklungen und Fragen des Befristungsrechts zu werfen, die für die Praxis von besonderem Interesse sind.

BESTÄTIGUNG FEHLENDER VORBESCHÄFTIGUNG

Das Vorbeschäftigungsverbot gilt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis sehr lange zurückgelegen hat. Das BAG legt sich zwar nicht auf einen klaren Grenzwert fest. Aus den jüngsten Urteilen darf man aber schließen, dass mindestens 20 Jahre vergangen sein müssen, bevor die Arbeitsvertragsparteien nach der Vorbeschäftigung wieder ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis eingehen dürfen.

Namen und Gesichter können sich mit den Jahren ändern. Wie sollen Personalverantwortliche – selbst bei perfekter Aktenführung (zu DSGVO-Fragen sogleich) – überblicken,

ob in den letzten 20 Jahren ein Arbeitsverhältnis zum Bewerber bestand?

In einem Fall des LAG Stuttgart (Urt. v. 11.3.2020 – 4 Sa 44/19) behalf sich der Arbeitgeber mit Mitteln des Vertragsrechts und nahm in den Arbeitsvertrag folgende Klausel auf:

„Sie bestätigen, bisher in keinem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis (einschließlich Ferienbeschäftigung) zu uns gestanden zu haben.“

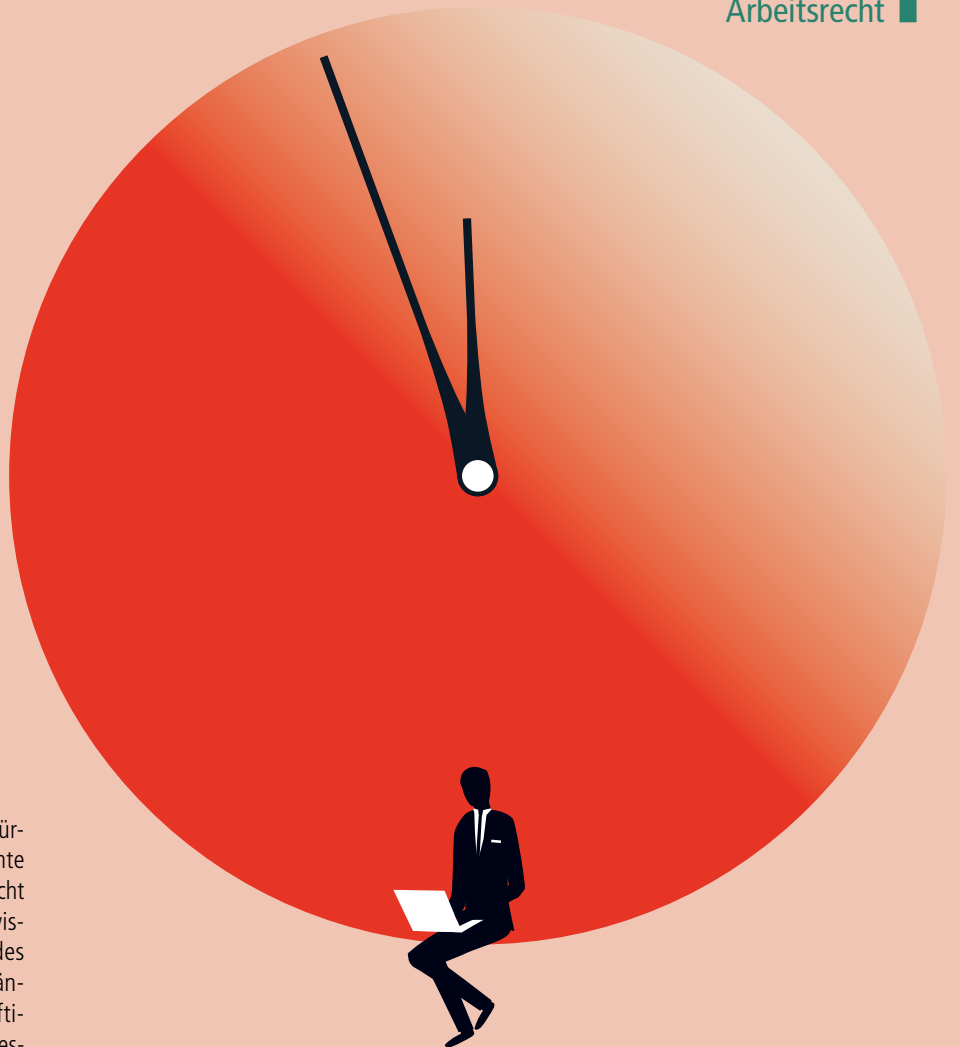
Nach Auslaufen der Befristung erhob die Arbeitnehmerin Entfristungsklage und berief sich auf eine Vorbeschäftigung. Zwischen den Parteien blieb streitig, ob die Arbeitnehmerin im Vorstellungsgespräch auf die Vorbeschäftigung hingewiesen hatte.

Das LAG Stuttgart gab der Entfristungsklage statt. Es verwehrte dem Arbeitgeber, sich auf die im Vertrag niedergelegte Bestätigung zu berufen. Bei dieser handle es sich um eine unzulässige AGB. Nach § 309 Nr. 12 Buchst. b BGB darf derjenige, der die AGB erstellt (hier: der Arbeitgeber), keine Klausel einfügen, die den anderen Vertragsteil (hier: die Arbeitnehmerin) eine bestimmte Tatsache (hier: keine Vorbeschäftigung) bestätigen lässt, um dadurch zum Nachteil dieses anderen Vertragsteils die Beweislast zu verändern.

Mit einer solchen arbeitsvertraglichen Absicherung darf sich der Arbeitgeber also nicht behelfen.

DATENSCHUTZ

Andererseits gewähren DSGVO und BDSG dem Arbeitnehmer das sog. Recht auf Vergessen. Der Datenschutz verwehrt es Arbeitgebern, personenbezogene Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer dauerhaft zu speichern. Je länger das Arbeitsverhältnis zurückliegt, desto schwerer wiegt das Interesse des Arbeitnehmers, vom Arbeitgeber vergessen zu werden. Insbesondere für Unternehmen, die keine betriebliche Altersversorgung (bAV) zugesagt haben, besteht regelmäßig nach zehn Jahren keine rechtliche Verpflichtung mehr, Arbeitnehmerdaten aufzubewahren. Sie dürfen es also auch nicht. Einen Arbeitnehmer, der sich ein Jahrzehnt nach Ende seiner vorherigen Tätigkeit wieder beim vorherigen Arbeitgeber bewirbt, muss dieser Arbeitgeber also vergessen haben. Auch das Vorbeschäftigungsverbot begründet kein berechtigtes Interesse, bestimmte Arbeitnehmerdaten



dauerhaft zu speichern. Allein die Möglichkeit, den ausgeschiedenen Arbeitnehmer irgendwann in der Zukunft sachgrundlos befristet wieder einzustellen, reicht nicht. Anderenfalls wäre das Recht des Arbeitnehmers auf Vergessen konterkariert.

Doch selbst wenn das letzte Arbeitsverhältnis erst kürzer zurückliegt, der Arbeitgeber also noch bestimmte Arbeitnehmerdaten aufbewahren darf, folgt daraus nicht zwangsläufig, dass er von einer Vorbeschäftigung wissen muss. Name, Anschrift und sogar Geschlecht des Arbeitnehmers können sich in der Zwischenzeit geändert haben. Wie soll der Arbeitgeber die Vorbeschäftigung identifizieren, wenn besonders eindeutige und deshalb sensible Persönlichkeitsdaten (Sozialversicherungsnummer, Geburtsdatum und Geburtsname) nicht (mehr) zur Verfügung stehen?

FRAGERECHT

Dem Arbeitgeber bleibt nur die Kooperation des Arbeitnehmers. Daher sollte (und darf!) der Arbeitgeber vor Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags den Arbeitnehmer ausdrücklich fragen, ob dieser bereits zuvor bei ihm beschäftigt war.

Wer dabei auf Nummer sicher gehen will, sollte dem Arbeitnehmer auch etwaige Umfirmierungen der letzten 20 Jahre sowie Betriebsübergänge mitteilen. Das Vorbeschäftigungsverbot gilt nach Ansicht des BAG nämlich nur dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang geendet hat (Urt. v. 18.8.2005 – 8 AZR 523/04, Rdnr. 25). Bei Rechtsnachfolge nach dem UmwG findet das Vorbeschäftigungsverbot hingegen ebenso wenig Anwendung (BAG, Urt. v. 22.6.2005 – 7 AZR 363/04) wie im Falle einer vorherigen Tätigkeit für konzernverbundene Unternehmen, als Leiharbeiter oder Werkvertragserbringer. Danach braucht der Arbeitgeber sich also auch nicht zu erkundigen. Zentral ist, dass der Arbeitgeber die Fragen nach einer Vorbeschäftigung und die verneinende Antwort des Arbeitnehmers beweisfest dokumentiert, etwa in einem Protokoll über dieses Gespräch. Es reicht nämlich gerade nicht aus, dass der Arbeitnehmer eine vorformulierte Erklärung abgibt, er sei bislang nicht vorbeschäftigt gewesen.

Erhebt der Mitarbeiter später mit Verweis auf ein vorheriges Arbeitsverhältnis eine Entfristungsklage, kann der Arbeitgeber dieser jedenfalls den Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegenhalten. Zudem sollte er eine Anfechtung des Arbeitsverhältnisses wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) erklären.

AUFSCHIEBEND BEDINGTE AUFNAHME DER ARBEIT

In bestimmten Branchen bzw. Arbeitsverhältnissen ist es üblich, dass die Arbeitsvertragsparteien ein Arbeitsverhältnis unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung stellen. Das Arbeitsverhältnis soll erst wirksam bzw. nur fortgesetzt werden, wenn der Arbeitnehmer bestimmte Unterlagen beibringt, z. B. die Bescheinigung seiner arbeitsmedizinischen Tauglichkeit oder ein Führungszeugnis.

Eine solche aufschiebende Bedingung hatte ein Arbeitgeber in einem Fall des LAG Hessen (Urt. v. 5.6.2018 – 15 Sa 1566/15; vor dem BAG durch Vergleich erledigt) mit einem sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag kombiniert.

Noch vor Eintritt der Bedingung hatte der Arbeitnehmer die Tätigkeit bereits aufgenommen. Später erhob er Entfristungsklage und berief sich darauf, der Zeitraum zwischen Arbeitsaufnahme und Eintritt der Bedingung – also



FEEDBACK

Hat Ihnen der Beitrag gefallen? Sagen Sie uns Ihre Meinung! Alle Infos auf www.auplus.de

während der schwebenden Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses – sei eine Vorbeschäftigung i. S. d. § 14 Abs. 2 TzBfG gewesen. Damit habe nach Vorlage der Unterlagen – also nach Eintritt der Bedingung – ein zweites Arbeitsverhältnis begonnen, das der Arbeitgeber nicht mehr sachgrundlos habe befristen dürfen.

Das LAG Hessen hat die Entfristungsklage abgewiesen. Es nimmt ein durchgängiges Arbeitsverhältnis an, da nach lebensnaher Betrachtung davon auszugehen sei, dass nach Eintritt der Bedingung der anfangs geschlossene Arbeitsvertrag erfüllt werden sollte; eine rechtsmissbräuchliche Kettenbefristung sei nicht zu befürchten. Dieses in der Wertung zutreffende Ergebnis lässt sich nach den o. g. Kriterien des BVerfG mühelos erreichen. Das Vorbeschäftigungsverbot gilt nicht, wenn die Vorbeschäftigung nur von sehr kurzer Dauer war. So lagen die Dinge im Fall des LAG Hessen. Eine Vorbeschäftigung, die kürzer als drei Monate gedauert hat, löst das Vorbeschäftigungsverbot nicht aus.

Arbeitgeber sollten bei einer bedingten Aufnahme des Arbeitsverhältnisses darauf achten, dass der Bedingungseintritt nicht länger als drei Monate in der Zukunft liegt. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bietet sich zudem eher an, als das Arbeitsverhältnis unter eine aufschiebende Bedingung zu stellen und den Arbeitnehmer in der Annahme, die Bedingung werde schon erfüllt, sofort tätig werden zu lassen. In jedem Fall müssen Bedingungen schriftlich vereinbart werden.

ABWEICHENDE HÖCHSTBEFRISTUNG AUFGRUND TARIFVERTRAGS

Von der Grundregel des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG, wonach ein Arbeitsverhältnis höchstens zwei Jahre sachgrundlos befristet und innerhalb dieser Zeit maximal dreimal verlängert werden darf, können die Tarifvertragsparteien abweichen. § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG erlaubt ihnen einschränkungslos, von der Anzahl oder Höchstbefristungsdauer abzuweichen.

Wie das Vorbeschäftigungsverbot (Satz 2) nach dem Gesetzeswortlaut unbeschränkt gilt, setzt dieser der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien in Satz 3 ebenfalls keine Grenzen. Aus verfassungsrechtlichen Erwägungen und um Wertungswidersprüche zur Grundregel (Befristung nur mit Sachgrund) zu verhindern, schränkt das BAG in ständiger Rechtsprechung die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien ein.

Es verwundert allerdings, dass das BAG, obwohl das BVerfG eine starre zeitliche Grenze beim Vorbeschäftigungsverbot als verfassungswidrig verworfen hat, für die Tariföffnungsklausel weiterhin eine verbindliche Obergrenze annimmt: Auch die Tarifvertragsparteien dürfen eine sachgrundlose Befristung nur für maximal sechs Jahre bei insgesamt neunmaliger Verlängerung zulassen (BAG, Urt. v. 17.4.2019 – 7 AZR 410/17, Rdnr. 31).

Dem BAG ist zwar zuzugeben, dass der Gesetzgeber – stärker als beim Vorbeschäftigungsverbot – eine Einschränkung der tariflichen Regelungsbefugnis antizipiert haben wird. Denn trotz der Richtigkeitsgewähr, also des Grundsatzes, dass tarifliche Regelungen inte-

ressengerecht sind, unterliegen Tarifverträge der Rechtskontrolle durch Gerichte. Eine Einschränkung der tariflichen Regelungsmacht durch Rechtskontrolle war durch den Gesetzgeber also eingepreist. Zudem orientiert sich die vom BAG für die Tariföffnungsklausel gezogene Höchstgrenze an befristungsspezifischen – freilich vom BAG in Rechtsfortbildung gesetzten – Grenzwerten. Die Einschränkung des Vorbeschäftigungsverbots hatte das BAG hingegen „nur“ an den allgemeinen zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften ausgerichtet. Vor allem fehlte ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber das Vorbeschäftigungsverbot an einen bestimmten Zeitraum binden wollte.

Und trotzdem erscheint eine feste zeitliche Obergrenze mit dem gesetzgeberischen Konzept der Tariföffnung unvereinbar. Schließlich mag es Gründe für die Tarifvertragsparteien geben, einen längeren Zeitraum für die sachgrundlose Befristung vorzusehen, die im Einzelfall gerechtfertigt sind und daher das gesetzgeberische Modell nicht konterkarieren.

Am 18.11.2020 entscheidet das BAG über eine Revision gegen ein Urteil des LAG Hamm vom 14.2.2019 (11 Sa 530/18). Das LAG hatte über die Wirksamkeit einer Tarifklausel zu befinden, nach der ein Arbeitsverhältnis für bis zu sieben Jahre sachgrundlos befristet und innerhalb dieser Zeit maximal siebenmal verlängert werden durfte. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des BAG hatte das LAG Hamm die Tariföffnungsklausel (und damit die sachgrundlose Befristung) wegen Verstoßes gegen die Obergrenze des BAG für unwirksam erklärt.

Es bleibt abzuwarten, ob das BAG die Revision der Arbeitgeberin nutzt, um von seiner starren Obergrenze abzurücken und die jeweilige Tariföffnungsklausel einer Einzelfallbeurteilung unterzieht.

Wie auch für das Vorbeschäftigungsverbot gilt für den Inhalt von Tariföffnungsklauseln: Klare zeitliche Grenzen wären im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert. Diese darf aber nur der Gesetzgeber ziehen. Er sollte es freilich im Interesse aller Beteiligten tun.

VERLÄNGERUNG DES SACHGRUNDLOS BEFRISTETEN ARBEITSVERHÄLTNISSES

Eine Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern (Urt. v. 19.6.2020 – 5 Sa 189/19) gibt nochmals Anlass, auf den sehr engen Verlängerungsbegriff des § 14 Abs. 2 und 3 TzBfG hinzuweisen.

Ein einmal sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis darf gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG innerhalb von zwei Jahren maximal dreimal verlängert werden. Bei älteren, von Arbeitslosigkeit oder vergleichbaren Situationen betroffenen Arbeitnehmern erlaubt Abs. 3 innerhalb eines Fünfjahreszeitraums beliebig viele Verlängerungen. Verlängerung meint nur die Verschiebung des Beendigungstermins bei unverändertem Fortbestand aller übrigen Arbeitsbedingungen, nicht die Fortsetzung irgendeines Arbeitsverhältnisses. Daher dürfen die Tarifvertragsparteien die Vertragsverlängerung nicht zu Anpassungen des Arbeitsvertrags nutzen, selbst wenn diese ausschließlich den Arbeitnehmer begünstigen.

Das BAG (Urt. v. 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, AuA 5/07, S. 310) lässt in seiner Rechtsprechung zwei Ausnahmen zu:

1. Die Arbeitsvertragsparteien dürfen den Arbeitsvertrag an die aktuelle Rechtslage anpassen (z. B. Ausschlussklauseln von Schrift- auf Textform umstellen) oder
2. bereits vorher – also unabhängig von der Verlängerung – vereinbarte Änderungen des Arbeitsverhältnisses niederlegen.

Von letzterer Option sollten Arbeitgeber allerdings nur dann Gebrauch machen, wenn sie zweifelsfrei beweisen können, dass die Arbeitsbedingungen schon vor der Verlängerung geändert worden waren. Besteht ein zeitlich enger Zusammenhang mit der Verlängerung, sollte auf die Dokumentation der veränderten Arbeitsbedingungen bei Vertragsverlängerung im Zweifel verzichtet werden.

Arbeitgeber sollten zudem beachten, dass die Verlängerung noch vor Ablauf der Befristung vereinbart werden muss. Bei einer überschießenden oder verspäteten Verlängerung droht die unbefristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

Eine weitere Ausnahme enthält § 41 Satz 3 SGB VI: Diese Norm erlaubt, das Ende des Arbeitsverhältnisses mehrfach zu verschieben, wenn die Arbeitsvertragsparteien das Erreichen der Regelaltersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung (sog. Renteneintrittsalter) als Beendigungstermin vereinbart haben. Sie enthält also eine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis über den vereinbarten Beendigungszeitpunkt sachgrundlos befristet fortzusetzen.

Zu Recht erlaubt das LAG Baden-Württemberg (Urt. v. 30.4.2020 – 3 Sa 98/19) in solchen Konstellationen auch die Änderung der Vertragsbedingungen. Schließlich steht dem Arbeitnehmer, der sich auf eine Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses trotz Erreichen des Renteneintrittsalters einlässt, alternativ ein Rentenanspruch als soziale

Sicherung offen. Damit befindet er sich in einer ganz anderen Interessenlage als der Arbeitnehmer, der sich seine Rentenanwartschaften auf dem Arbeitsmarkt erst noch verdienen muss.

GESETZGEBUNG

In ihrer Halbzeitbilanz vom 5.11.2019 hatte die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf zur Einschränkung der sachgrundlosen Befristung angekündigt. Davon war in den letzten Monaten allerdings nichts mehr zu hören. Hingegen hat der Gesetzgeber Befristungsmöglichkeiten im WissZeitVG mit Blick auf die Covid-19-Pandemie ausgeweitet. § 7 Abs. 3 WissZeitVG sieht nun eine Verlängerung der Höchstbefristungsgrenzen um sechs Monate vor, mit der Option, dass das Bildungsministerium diese durch Rechtsverordnung um weitere sechs Monate verlängert, wenn die Covid-19-Pandemie anhält. Durch diese Regelung trägt der Gesetzgeber den krisenbedingten Einschränkungen im Wissenschaftsbetrieb Rechnung. Eine entsprechende Regelung für sachgrundlose Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG wäre wünschenswert gewesen. Sie fehlt allerdings.

FAZIT

Die Auseinandersetzung mit der sachgrundlosen Befristung, insbesondere dem Vorbeschäftigungsverbot, bleibt einer der Kernaspekte des Befristungsrechts. In den Mittelpunkt rückt die Frage, wann eine Vorbeschäftigung so anders geartet war, dass die Arbeitsvertragsparteien an das Vorbeschäftigungsverbot nicht gebunden sind. Dazu existieren bislang nur wenige Andeutungen des BAG – mithin viel Raum für Ungewissheiten. Für Arbeitnehmer und Arbeitgeber wäre viel gewonnen, würde der Gesetzgeber für Rechtssicherheit sorgen, indem er das Vorbeschäftigungsverbot zeitlich begrenzt. ■

UNSER AUTOR



Dr. Peter Körlings ist als Rechtsanwalt in der Praxisgruppe Arbeitsrecht am Hamburger Standort von Hogan Lovells International LLP tätig.

Anzeige

BRZ: BESTÄNDIG UND ZUKUNFTSSICHER

Gestalten Sie Ihr Personalwesen mit uns!

Webbasierte Entgeltabrechnung
Druckdatenarchivierung / Digitale Personalakte
Grafisches Bescheinigungswesen
Budgetplanung / Personalkostenhochrechnung
Employee Self Service / Manager Self Service
Personalmanagement- und Planungs-System
Zeugniserstellung / Meldemanagement
ePayslip und HR-Kommunikation
über mobile Endgeräte

BRZ-HR
geprüft nach IDW PS 880



b | r | z

Telefon: 0421 / 20152-0
E-Mail: vertrieb@brz.ag
Web: www.brz.ag