

An die
Mitglieder des Arbeitsrechtsausschusses
Mitglieder des Gesprächskreises Arbeitsrecht
Ehrenamtlichen Richter beim Bundesarbeitsgericht
Mitgliedsverbände

Arbeits- und Tarifrrecht

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

T +49 30 2033-1200

F +49 30 2033-1205

24. Januar 2019

Rundschreiben Nr. II/013/19

BDA | Befristete Arbeit - Positionspapier

Sehr geehrte Damen und Herren,

zur aktuellen politischen Diskussion zur Umsetzung des Koalitionsvertrags zu befristeten Arbeitsverhältnissen überlassen wir Ihnen anliegend ein Positionspapier, in dem wir unsere zentralen Erwägungen zu den Ankündigungen des Koalitionsvertrags sowie den tatsächlichen Reformbedarf im Befristungsrecht zusammenfassen.

Ein Zeitplan für ein Gesetzgebungsverfahren liegt noch nicht vor. Wir halten es für möglich, dass ein Referentenentwurf im ersten Quartal dieses Jahres durch das BMAS veröffentlicht wird.

Die Vorsitzende der CDU, Frau Kramp-Karrenbauer, hat dieses Thema auch anlässlich eines Besuchs des Präsidiums der BDA am 23. Januar 2019 aufgegriffen und es unter anderem in einen Zusammenhang zu den Ankündigungen des Koalitionsvertrags zum Arbeitszeitgesetz gestellt.

Über weitere gesetzgeberische Aktivitäten werden wir Sie unterrichten.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Roland Wolf

gez. Helena Wolff

Anlage

BDA | Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände

Mitglied von BUSINESSEUROPE

Hausadresse:
Breite Straße 29 | 10178 Berlin

Briefadresse:
11054 Berlin

www.arbeitgeber.de

Befristungen: Unerlässlich für Beschäftigung und Arbeitsmarkt

Arbeitsmarktchancen und Anpassungsfähigkeit nicht verbauen

Januar 2019

Zusammenfassung

Befristete Arbeitsverhältnisse ermöglichen Teilhabe am Arbeitsleben. Für viele Arbeitssuchende bieten sie einen Erst- oder Wiedereinstieg in Erwerbstätigkeit. Das gilt gerade für Menschen mit Vermittlungshemmnissen, etwa nach langer Arbeitslosigkeit oder bei fehlender Berufsausbildung. Befristete Arbeit trägt dazu bei, dass Geringqualifizierte und Langzeitarbeitslose den Weg zurück in den Arbeitsmarkt finden. Die Chance, direkt aus einer befristeten Beschäftigung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen zu werden, ist in den letzten Jahren weiter angestiegen. Mehr als drei Viertel der befristet Beschäftigten erhalten in ihrem Betrieb eine Anschlussbeschäftigung. Über 42 % werden unmittelbar in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen.

Befristete Arbeitsverhältnisse sind für Wirtschaft und Unternehmen ein unerlässliches Muss. Sie bieten den Betrieben ein Mindestmaß an Flexibilität. Ist z. B. die Nachfragesituation unklar oder die Aussicht über den Erfolg eines Produkts ungewiss, ermöglichen befristete Arbeitsverhältnisse, neue Arbeitsplätze einzurichten. Gerade wenn sich Konjunkturaussichten eintrüben, sind befristete Arbeitsverhältnisse ein Garant für betriebliche Flexibilität. In einer hocharbeitsteiligen, in einem scharfen globalen Wettbewerb stehenden Wirtschaft ist dies eine wichtige Voraussetzung, am Standort Deutschland produktiv zu arbeiten und dadurch Wohlstand zu sichern.

Daher sind die Beschränkungen, die der Koalitionsvertrag vom Februar 2018 für das Recht der befristeten Arbeit vorsieht, kontra-

produktiv und gefährlich. Sie stellen die betriebliche Praxis vor kaum handhabbare Probleme. Das gilt ganz besonders für die vorgesehene Höchstbefristungsquote von 2,5 % für „sachgrundlos“ befristete Arbeitsverhältnisse an der Gesamtbelegschaft eines Arbeitgebers.

Die sogenannten „sachgrundlosen“ Befristungen sind ein wichtiges Element befristeter Arbeit. Der Begriff „sachgrundlos“ führt dabei in die Irre. Sie werden gerade nicht sachgrundlos oder wie dies aus dem Begriff abgeleitet wird „willkürlich“ vereinbart. Solche „sachgrundlosen“ (besser kalendermäßigen) Befristungen werden immer dann abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber einen von der Rechtsprechung nicht anerkannten, aber aus wirtschaftlichen Gründen nachvollziehbaren und belastbaren Grund für die Befristungsabrede hat. So kennt z. B. das Gesetz zwar die sogenannte Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs. Die Rechtsprechung hat diesen aber viel zu eng ausgelegt. Sie verlangt, dass der Arbeitgeber mit hinreichender Sicherheit zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags das Ende der Beschäftigung vorhersehen kann. Diese allein von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen können Arbeitgeber bei einer stark volatilen Auftragslage zumeist nicht erfüllen. Deswegen läuft dieser Befristungsgrund vielfach leer. Um Risiken aus dem Einsatz eines unwirksamen befristeten Arbeitsvertrags zu vermeiden, müssen die Arbeitgeber also auf die kalendermäßige Befristung ausweichen.

Der Einsatz der kalendermäßigen Befristung würde mit einer Quote von 2,5 % konterkariert. Eine solche Quote läuft faktisch auf die



Abschaffung der sachgrundlosen Befristung hinaus. Der Arbeitgeber müsste taggenau zur Sicherung der Wirksamkeit einer Befristungsabrede festhalten, welche Befristung mit Sachgrund abgeschlossen wurde und welche Befristung zu einem bestimmten Zeitpunkt enden soll. Das mag bei einem Arbeitgeber mit einer einzigen Betriebsstätte noch zu erreichen sein. Arbeitgeber mit mehr als 75 Arbeitnehmern haben aber häufig mehrere Betriebsstätten. Eine solche punktgenaue auf den Augenblick ausgerichtete Darstellung ist schon in diesen Fällen fast ausgeschlossen. Darüber hinaus kommt es immer wieder vor, dass die Rechtsprechung vorhandene Sachgründe nicht anerkennt und daher allein eine kalendermäßige Befristung rechtliche Klarheit schafft. Auch diesem Risiko wird durch eine starre Quote nicht angemessen Rechnung getragen.

Auch der im Koalitionsvertrag vorgesehene Schwellenwert von 75 Arbeitnehmern könnte mehr Unsicherheiten bedeuten und das Befristungsrecht noch undurchschaubarer machen. Einmal abgesehen davon, dass diese Schwelle am Betrieb und nicht am Unternehmen anknüpfen sollte, wird sie teilweise als willkürlich gewertet. Sollte die Rechtsprechung dem folgen, könnte die Quote auch schon für sehr kleine Betriebe mit deutlich weniger Beschäftigten Anwendung finden und diese durch die Unwirksamkeit der Befristung vor existentielle Schwierigkeiten stellen. Dies würde die Gefahren, die sich aus der Quote von 2,5 % ergeben, noch potenzieren; sollte diese Quote im Ergebnis auch auf kleinere Unternehmen mit nicht mehr als 75 Arbeitnehmern Anwendung finden.

Im Einzelnen

Der Koalitionsvertrag sieht vor, für Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten eine Höchstquote von 2,5 % für Kalenderbefristungen einzuführen. Solche Kalenderbefristungen sollen nur noch für eine Höchstdauer von 18 Monaten statt bisher 24 Monaten zulässig sein. Innerhalb dieser 18 Monate soll die Möglichkeit der Verlängerung von drei auf einmal beschränkt werden. Darüber hinaus soll eine Befristung dann nicht mehr zulässig sein, wenn mit demselben Arbeitge-

ber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben – unter Berücksichtigung vorheriger Einsätze als Zeitarbeitskraft. Ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber soll erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren möglich sein.

Realität bietet keinen Anlass für Verschlechterungen

Anders als der Koalitionsvertrag suggeriert, sind Befristungen kein Massenphänomen. Im Durchschnitt der vergangenen zehn Jahre waren deutlich unter 10 % aller Arbeitnehmer befristet beschäftigt. Zuletzt liegt die Quote bei nicht einmal 8 %. Diese Quote ist durch den Einsatz befristeter Arbeitsverhältnisse durch die öffentliche Hand sogar noch verzerrt. Denn während die Befristungsquote in Unternehmen der Privatwirtschaft bei rund 7 % liegt, liegt sie im öffentlichen Sektor mit mehr als 10 % bedeutend höher.

Die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gewinnt weiter an Bedeutung. Lag sie 2009 noch bei knapp 30 %, beträgt ihr Anteil heute fast 45 %. Spiegelbildlich nehmen die Personalabgänge nach Befristungsende ab und liegen heute bei weniger als einem Viertel. Auch die Quote derjenigen, die im gleichen Betrieb eine Anschlussperspektive erhalten, liegt in der Privatwirtschaft höher als im öffentlichen Bereich. So beträgt der Anteil der Personalabgänge nach Befristungsende in der Privatwirtschaft weniger als 10 %, im öffentlichen Dienst liegt er hingegen bei mehr als 25 %. Unter dem Strich ist also festzustellen: Das Verhältnis befristeter Arbeitsverhältnisse zu nicht befristeten ist konstant niedrig. Die Zahl der aus Befristung weiterbeschäftigten Arbeitnehmer ist demgegenüber – besonders in der Privatwirtschaft – weiter ansteigend.

Kalenderbefristungen nicht sachgrundlos

Das Gesetz nennt die wichtigsten Sachgründe für die Befristung von Arbeitsverhältnissen, wie beispielsweise die Vertretung einer Stammkraft. Vertretungsfälle sind vielgestal-



tig: Elternzeit, Mutterschutz, Pflegezeit, Familienpflegezeit, Sterbebegleitung, Krankheit, Sabbatical, Weiterbildung – all das können Gründe sein, weshalb der Betrieb gezwungen ist, eine Ersatzkraft mit einem befristeten Arbeitsvertrag einzustellen. Dieser Sachgrund wird vor allem für den Fall der Einführung eines Anspruchs auf befristete Teilzeit noch an Bedeutung gewinnen. Aber es verbleiben über die gesetzlich geregelten Sachgründe hinaus Konstellationen in der betrieblichen Praxis für Befristungen, die aus sachlichen Gründen unverzichtbar sind.

Unternehmen agieren in einer hoch arbeitsteiligen und stark vernetzten, globalen Wirtschaft, die durch den Digitalisierungsprozess vor ganz neue Herausforderungen gestellt wird. Daher gibt es zunehmend Situationen, in denen nicht eingeschätzt werden kann, wie sich die Nachfrage entwickelt. Genau für solche Fälle ist die Kalenderbefristung (sachgrundlose Befristung) geschaffen worden. Sie bietet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, auch bei unklarer Beschäftigungslage neue Arbeitnehmer einzustellen. Sie stellt einen Beschäftigungsmotor dar und hilft Arbeitgebern, Nachfrage in neue Arbeitsplätze umzuwandeln.

Beispiel: Unsichere Beschäftigungslage

Unsichere Beschäftigungslagen können beispielsweise bei der Übernahme neuer Aufgaben auftreten. Die Notwendigkeit, flexibel auf damit verbundene unabsehbare Beschäftigungsbedarfe reagieren zu können, wird mit der vorgesehenen 2,5 % Regel unverhältnismäßig begrenzt.

Zur Erhöhung der Produktionskapazität eines Medizinproduktes sehen die Prognosen im Unternehmen A im Jahr 2014 in der Spitze ein Produktionsvolumen von 50 Mio. Devices für das Jahr 2017 vor. Für die Jahre nach 2017 sieht die Planung ein Abflachen der Produktion auf ein Produktionsniveau von etwa 35 Mio. Devices pro Jahr voraus. Vor diesem Hintergrund erfolgen Einstellungen bei A befristet. In der Folgezeit entwickeln sich die Produktionsvolumina nicht so wie angenommen. Die Produktionsspitze liegt mit nur ca. 40 Mio. Devices im Jahr 2017 niedriger als prognostiziert. Es wird da-

her die Entscheidung getroffen, eine neue wiederverwertbare Version des Medizinproduktes auf den Markt zu bringen. Dadurch verringern sich die Produktionszahlen weiter und fallen unter die prognostizierten 35 Mio. Devices im eingeschwungenen Zustand. Durch die Befristung konnten neue Arbeitsplätze geschaffen werden. Auf Basis der Produktionszahlen im eingeschwungenen Zustand können einige Mitarbeiter dauerhaft übernommen werden. Andere Arbeitnehmer scheiden nach einem planbaren Zeitraum aus, ohne durch eine Kündigung belastet zu werden.

Beispiel: Unsichere Auftragslage

Auch die Unsicherheit über den Erfolg bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge kann für den Arbeitgeber zu nicht sicher absehbaren Beschäftigungsbedarfen führen.

R betreibt ein Reinigungsunternehmen. Regelmäßig bewirbt er sich für öffentliche Aufträge zur Reinigung von Schulen. Da zwei der Aufträge, die er bisher ausgeführt hat, an andere Unternehmen vergeben werden, beschließt er, sich für einen sehr umfangreichen Gebäudereinigungsauftrag mit Fassadenreinigung zu bewerben. Um diesen bewerkstelligen zu können, stellt er kalendermäßig befristet neue Mitarbeiter ein, mit der Aussicht, die Mitarbeiter bei Erhalt des Auftrags dauerhaft zu übernehmen.

Solange der Ausgang des Bewerbungsverfahrens noch offen ist und R nicht die Sicherheit hat, dass er wieder den Zuschlag erhält, ist es wirtschaftlich nicht vertretbar, neue Mitarbeiter für die Ausführung des Auftrags dauerhaft einzustellen. R kann aber auch nicht erst dann mit dem Bewerbungsverfahren und der Einarbeitung beginnen, wenn der Auftrag gewonnen ist und angegangen werden muss. Ihm bleibt einzig die Nutzung Kalenderbefristungen.

Beispiel: Flexibilität erhalten

Unternehmen stellen nicht befristet ein, weil sie es können. Sie entscheiden sich dann für eine Befristung, wenn sie es müssen. Denn für ein wirtschaftlich erfolgreiches Agieren am globalen Markt sind sie auf eingearbeite-



te und eingespielte Mitarbeiter und Teams angewiesen. Angesichts des zunehmenden Fachkräftemangels liegt es im Interesse der Unternehmen, motivierte Mitarbeiter zu gewinnen und zu halten. Befristungen sind daher ein Mittel, das im Falle notwendiger Flexibilität zum Einsatz kommt.

Der Maschinenbauer M baut Ventilatoren und Antriebstechnik. Von 3500 Beschäftigten haben regelmäßig etwa 200 Mitarbeiter einen befristeten Arbeitsvertrag. Das gibt dem Unternehmen die notwendige Flexibilität in der Produktion, um auf schwankende Auftragslagen reagieren zu können. Zudem hat es die Chance, neue Mitarbeiter kennenzulernen, um sie ggf. in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen. Der Absatz befindet sich im Aufschwung. Regelmäßig werden 190 der befristet Beschäftigten im Anschluss an die Kalenderbefristung übernommen.

Beispiel: Unterstützung ehemaliger Auszubildender

Um Auszubildenden nach Abschluss der Berufsausbildung den Start ins Arbeitsleben zu erleichtern, sind Unternehmen häufig bereit, diese für eine vorübergehende Zeit weiter oder wieder zu beschäftigen, um ihnen den Sprung in eine Anschlussbeschäftigung in einem anderen Unternehmen zu erleichtern, wenn sie selbst keinen dauerhaften Beschäftigungsbedarf haben.

A hat nach einer Phase als ungelernter Mitarbeiter seine Ausbildung in einem Elektroinstallationsbetrieb gemacht. Schon während der Ausbildung beschließt der Arbeitgeber seinen Betrieb in absehbarer Zeit altersbedingt zu verkleinern, so dass eine dauerhafte Übernahme von A nicht in Frage kommt. Nach Ende der Ausbildung und der vergeblichen Suche nach einer Anschlussbeschäftigung entschließt sich der Arbeitgeber, um A ausreichend Zeit zu geben, eine Anschlussbeschäftigung zu finden und Berufserfahrung zu sammeln, A für zunächst ein halbes Jahr befristet weiter zu beschäftigen. Er ist bereit, den Zeitraum ggf. auszudehnen, um A zu unterstützen. Eine solche Möglichkeit bietet

derzeit nur das Instrument der Kalenderbefristung.

Beispiel: Förderung der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer

Eine Kalenderbefristung kann mit einem 52-jährigen oder älteren Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen bis zu einer Dauer von fünf Jahren abgeschlossen werden. Zweck dieser erleichterten Befristung Älterer war es, ihre Arbeitslosigkeit zu verhindern. Die Gefahr, bei Verlust des Arbeitsplatzes ab einem gewissen Alter keine adäquate Anschlussbeschäftigung mehr zu finden, bleibt aktuell. Die erweiterte Möglichkeit der Kalenderbefristung für diese Fälle muss daher erhalten bleiben.

A wird im Rahmen einer Umstrukturierung seinen Arbeitsplatz verlieren. Er ist 62 Jahre alt und Programmierer. Betrieb B sucht einen Programmierer. Er möchte A möglichst sofort beschäftigen. Da er erstmals einen eigenen Programmierer einstellt und zusätzlich sichergehen möchte, dass A kurz vor Erreichen des Rentenalters motiviert ist, möchte er A zunächst nur befristet einstellen.

Beispiel: Befristete Einstellung nach einer Unternehmensgründung

Die Gründung eines Unternehmens birgt regelmäßig ein hohes finanzielles Risiko. Häufig kann nicht belastbar abgeschätzt werden, ob die Idee am Markt Fuß fassen kann und sich dauerhaft behaupten wird. Die Beschäftigung von Mitarbeitern erfordert hohe, stetige Gewinne. Unternehmensgründer sollten unterstützt und ermutigt werden, den Schritt in die Selbständigkeit zu wagen mit der Chance, letztlich neue Arbeitsplätze zu schaffen. Dafür sollten die finanziellen Risiken, die mit Festanstellungen verbunden sein können, durch die Möglichkeit von Kalenderbefristungen in der Gründungsphase abgesenkt bleiben.

V hat eine eigene Marketing-Firma gegründet, die sich auf nicht konventionelle Werbung für Start-ups in der Hauptstadt spezialisiert und dafür auf ein möglichst internationales Team angewiesen ist. Da noch völlig offen ist, ob das Konzept aufgehen wird, ist V

darauf angewiesen, Mitarbeiter im ersten unsicheren Zeitraum zunächst nur befristet einzustellen.

Beispiel: Chance für Einstieg in Arbeit

Menschen, sie aus den verschiedensten Gründen längere Zeit nicht beruflich tätig waren, können den Anschluss an die aktuellen Anforderungen auf dem Arbeitsmarkt verloren haben. Häufig haben sie nur im Rahmen einer befristeten Beschäftigung realistische Aussichten auf einen dauerhaften Wiedereinstieg in Arbeit. Die Chance, direkt aus einer befristeten Beschäftigung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen zu werden, ist in den letzten Jahren stark angestiegen. Über drei Viertel der befristet Beschäftigten erhalten in ihrem Betrieb eine Anschlussbeschäftigung. Über 42 % werden unmittelbar in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen.

B hat seine Berufsausbildung abgebrochen und ist auf dem Arbeitsmarkt nur schwer in der Lage eine Stelle zu finden. Die Gärtnerei G möchte ihn einstellen, braucht aber Gelegenheit, sich ein umfassendes Bild von seinen Fähigkeiten und seiner Arbeitsmotivation zu machen. Nur dann ist sie in der Lage, eine wirtschaftlich tragfähige Entscheidung darüber zu treffen, ob sie B dauerhaft beschäftigen will. Dafür ist die Beibehaltung der Kalenderbefristung notwendig. Kann sich B trotz fehlender Qualifikation bewähren und verlängert G seinen Arbeitsvertrag oder übernimmt ihn, profitieren B, die Gärtnerei und letztlich die Versicherungsgemeinschaft gleichermaßen.

Öffentliche Hand schafft sich eigene Befristung ohne Sachgrund

Der öffentlichen Hand steht, anders als der Privatwirtschaft, der Sachgrund der sogenannten „Haushaltsbefristung“ zur Verfügung. Danach liegt ein Sachgrund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die für eine befristete Stelle bestimmt sind. Das schafft eine weitgehende Beliebigkeit, bestimmte Stellen nur als befristet in einem Haushaltstitel auszuweisen.

Unredlich ist daher das Argument, die Kalenderbefristung sei ein Spezifikum der Privatwirtschaft. Vielmehr hat die öffentliche Hand ihre Befristungsabreden durch gesetzliche Privilegierungen abgesichert.

So hat die Ministerin der Justiz Katarina Barley zur Begründung für eine überproportionale Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverhältnisse in ihrer damaligen Ressortverantwortlichkeit darauf verwiesen, dass es für einzelne Projekte überwiegend keine dauerhaften Haushaltsmittel gebe. Wenn aber die öffentliche Hand noch nicht einmal abschätzen kann, ob entsprechende Haushaltsmittel bewilligt werden, wie soll dann ein von Aufträgen der Kunden abhängiger Arbeitgeber die wirtschaftliche Lage sicher einschätzen können? Während Haushaltsmittel zumeist mindestens für ein Jahr bewilligt werden, muss ein privater Arbeitgeber täglich um neue Aufträge kämpfen.

„Kettenbefristungen“: Kein Fall der Privatwirtschaft

Von den Arbeitsgerichten entschiedene Fälle sogenannter missbräuchlicher Befristung durch eine „überlange“ Befristungsdauer spielen regelmäßig im Bereich des öffentlichen Dienstes. Fälle, in denen private Arbeitgeber betroffen sind, sind uns nicht bekannt. Neben der sogenannten Haushaltsbefristung treten im öffentlichen Dienst im erhöhten Maße sogenannte „Kettenbefristungen“ in Form von Vertretungsbefristungen auf. Solche über viele Jahre gehende Nutzungen aneinandergereihter Befristungen sind im Bereich der privaten Wirtschaft nicht bekannt. Das Bundesarbeitsgericht hat dem Grenzen gesetzt. Befristungen – wie sie von der öffentlichen Hand genutzt werden – sind nach Ablauf bestimmter Zeitspannen nicht mehr zulässig. Daher besteht auch insoweit – anders als vom Koalitionsvertrag insinuiert – kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Sogenannte „Kettenbefristungen“ sind als Kalenderbefristung, also ohne Vorliegen eines gesetzlichen Sachgrunds, gar nicht denkbar. Denn Kalenderbefristungen sind im Regelfall auf maximal zwei Jahre beschränkt. Dort wo längere Befristungszeiträume möglich sind, müssen diese von den Tarifvertragsparteien – also regelmäßig mit



DGB-Gewerkschaften – vereinbart werden. Nach Ablauf der Kalenderbefristung kann der Arbeitgeber mit demselben Arbeitnehmer grundsätzlich gar keine weitere Kalenderbefristung mehr eingehen. Das folgt schon bisher aus dem Ersteinstellungserfordernis, das das Bundesverfassungsgericht in jüngster Rechtsprechung sehr weit ausgelegt hat.

Vorübergehenden Bedarf belastbar regeln

Um ein Gleichgewicht zwischen den Handlungsoptionen des öffentlichen Dienstes und der Privatwirtschaft herzustellen, sollte der Sachgrund des „vorübergehenden Bedarfs“ ergänzend konkretisiert werden, um den Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, diesen Sachgrund rechtssicher zu nutzen. Wenn z. B. der Fortbestand einer guten Auftragslage nicht sicher vorhergesehen werden kann, der Arbeitgeber aber alles tut, einen Auftrag zu halten oder einen neuen Auftrag zu gewinnen, muss dies als Sachgrund für die Wirksamkeit einer Befristung anerkannt werden. Das gäbe Arbeitnehmern die Chance auf eine dauerhafte Beschäftigung. Arbeitgeber erhielten ein der Haushaltsbefristung ähnelndes Instrument, um im globalen Wettbewerb zugunsten des deutschen Arbeitsmarkts besser standhalten zu können.

Gesamtbefristungsdauer geht weit über Rechtsprechung hinaus

Dass ab einer Gesamtdauer von fünf Jahren Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber kein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis geschlossen werden darf – egal ob kalendermäßig befristet oder mit Sachgrund – bliebe weit hinter den vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Schwellenwerten zurück (Urteil vom 26. Oktober 2016 – 7 AZR 135/15). Auf die Höchstdauer von fünf Jahren sollen sämtliche Beschäftigungen angerechnet werden, sowohl unbefristete wie befristete Arbeitsverhältnisse als auch Einsätze als Zeitarbeiter. Darin liegt ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die betrieblich erforderliche Flexibilität. Die Regelung wirkt sich letztlich nachteilig für den Arbeitnehmer aus, der als eingearbeitete Kraft nicht mehr für eine befristete Weiterbeschäftigung herangezogen werden kann und ersetzt werden muss.

Die Schwellenwerte des Bundesarbeitsgerichts berücksichtigen dagegen Arbeitgeber-, wie Arbeitnehmerinteressen angemessen. Eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Sachgrundbefristung durch den Arbeitgeber sieht das BAG im Regelfall als indiziert an, wenn die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses zehn Jahre überschreitet oder mehr als 15 Vertragsverlängerungen vereinbart wurden oder mehr als zwölf Vertragsverlängerungen bei einer Gesamtdauer von mehr als acht Jahren vorliegen. Besondere Umstände, für deren Vorliegen der Arbeitgeber beweispflichtig ist, können einem indizierten Rechtsmissbrauch entgegenstehen. Eine umfassende Missbrauchskontrolle ist nach dem Urteil des BAG notwendig, wenn die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses acht Jahre überschreitet oder mehr als zwölf Vertragsverlängerungen vereinbart wurden oder mehr als neun Vertragsverlängerungen bei einer Gesamtdauer von mehr als sechs Jahren vorliegen. Diese Grenzen sollten in eine neue gesetzliche Regelung aufgenommen werden.

Quotenregelung nicht umsetzbar

Die geplante Beschränkung von Kalenderbefristungen auf nicht mehr als 2,5 % wird sich in der Praxis kaum umsetzen lassen. Eine Unterscheidung zwischen Befristungen mit und ohne Sachgrund wird in der Praxis nicht nachgehalten. Besonders problematisch ist, wenn das Unternehmen betrieblich strukturiert ist und jeder Betrieb einen eigenen Personalverantwortlichen hat, so dass keine zentrale Stelle über gesammelte Daten verfügt. Die Feststellung und Nachhaltung der Zahlen und die notwendigen Abstimmungsprozesse zwischen mehreren Betrieben würden zu einem unangemessenen bürokratischen Aufwand führen.

Keine Option für eine Unterscheidung zwischen Kalender- und Sachgrundbefristungen wäre es, ein Zitiergebot für Befristungen mit Sachgrund einzuführen. Auch damit würde es an einem Überblick über Art und Umfang von befristeten Arbeitsverhältnissen im gesamten Unternehmen fehlen. Ein solches würde vielmehr nur weitere unnötige Fallstricke für die Praxis bedeuten und damit neue Rechtsunsicherheit verursachen. Ge-



nauso wenig würde es dem Arbeitnehmer irgendeinen Vorteil bringen.

Schwellenwert muss sich auf Betrieb beziehen

Betriebe sind die Ebene, auf der personalpolitische Entscheidungen getroffen werden. Aus diesem Grund sollte der vorgesehene Schwellenwert von 75 Beschäftigten am Betrieb anknüpfen, nicht an den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber kann eine Vielzahl von Betrieben leiten, die örtlich weit auseinander liegen und unterschiedliche Zwecke erfüllen. Eine Gesamtbetrachtung ist daher nicht praxisgerecht.

Dauer und Verlängerungsmöglichkeiten belassen

Bei der Kalenderbefristung sollte es bei einer möglichen Gesamtdauer von zwei Jahren bleiben. Eine Verkürzung auf 18 Monate wird sich letztlich ausschließlich nachteilig auf Arbeitnehmer auswirken, wenn die Umstände zu diesem Zeitpunkt eine dauerhafte Übernahme noch nicht rechtfertigen und ihr Vertrag dann zu einem früheren Zeitpunkt ausläuft. Auch sollte erwogen werden, die Verlängerungsmöglichkeit nicht von drei auf eine abzusenken. Diese Änderung wäre eine weitere Belastung der Flexibilität.

Karenzzeit verringern

Die Regelung einer Karenzzeit, nach deren Ablauf erneut ein befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber eingegangen werden darf, sorgt für Rechtssicherheit und ist der umstrittenen Vorgängerregelung vorzuziehen. Ausreichend und angemessen wäre allerdings eine Karenzzeit von einem Jahr. Dies würde auch die Vorgaben des europäischen Rechts wahren.

Sozialpartner stärken

Um im globalen Wettbewerb mithalten zu können, ist es für die deutsche Wirtschaft essentiell, Kalenderbefristungen weiterhin wie bisher nutzen zu können. Sollte deren Voraussetzungen dennoch eingeschränkt werden, müsste auch die Tariföffnungsklausel in § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG gestärkt wer-

den. Die Tarifpartner müssen angemessen und branchenspezifisch von den neuen Regelungen abweichen können. Notwendig ist insbesondere eine Ergänzung um die Möglichkeit der Tarifvertragsparteien, eine eigene Quote für Kalenderbefristungen im Betrieb oder Unternehmen festzulegen, wenn dies nach den jeweiligen Gegebenheiten der Branche sinnvoll erscheint.

Mit mehr Gestaltungsoptionen für Tarifverträge werden auch die Sozialpartner gestärkt. Je mehr Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Attraktivität von Tarifverträgen erkennen, desto besser können für beide Seiten ausgewogene Arbeitsbedingungen verhandelt und erreicht werden. Dieses Ziel sollte der Gesetzgeber mitdenken.

Neue Regelbeispiele notwendig

Unter den Anwendungsbereich der Neuregelungen würden ebenfalls Transfergesellschaften fallen. Diese Unternehmen dienen in Fällen notwendiger Personalanpassungen dem Beschäftigtertransfer. Die Einstellung der vom Stellenabbau betroffenen Arbeitnehmer erfolgt dabei befristet. Die Finanzierung dieser sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse erfolgt durch die Agentur für Arbeit mittels des sog. Transferkurzarbeitergeldes gem. § 111 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB III, das der Vermeidung von Arbeitslosigkeit bei betriebsbedingten Kündigungen dient. Im Übrigen werden die Arbeitsverhältnisse vom bisherigen Arbeitgeber finanziert. Da Transfergesellschaften Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen aufnehmen, ist der Schwellenwert von 75 Beschäftigten schnell erreicht. Festanstellungen sind aufgrund der Besonderheit des Betriebszwecks nicht denkbar, die Quote von 2,5 % könnte nicht gehalten werden. Dringend notwendig ist daher die Klarstellung eines neuen Sachgrunds zur Befristung in § 14 Abs. 1 TzBfG, „falls die Eigenart des Arbeitsverhältnisses aus gesetzlichen Gründen nur eine vorübergehende Beschäftigung rechtfertigt“.

Sinnvoll ist darüber hinaus die Aufnahme eines Regelbeispiels zur Sachgrundbefristung zum Zweck einer Aus- und Weiterbildung auch jenseits des Berufsbildungsgesetzes.



Das wäre ein Zeichen, um den wichtigen Bereich der Weiterbildung zu stärken. Dieser gewinnt im Zeitalter des Wandels durch Digitalisierung immer größere Bedeutung und ist für Arbeitnehmer wie Betriebe unerlässlich, um am Markt Bestand haben zu können.

Befristungsrecht sinnvoll für Ältere modifizieren

Für Arbeitnehmer, die die Regelaltersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschritten haben, sollten Befristungsmöglichkeiten generell nach Maßgabe der europäischen Grundlagen geschaffen werden, nicht nur die Verlängerung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses unter besonderen Voraussetzungen wie in § 41 SGB VI. Dadurch könnte den Interessen arbeitswilliger Rentner entsprochen werden wie den Interessen fachkräftesuchender Unternehmen.

Darüber hinaus bedarf die Vorschrift des § 14 Abs. 3 TzBfG einer längst überfälligen Änderung, um ihre Schutzfunktion angemessen zu erfüllen. Derzeit muss der ältere Arbeitnehmer unmittelbar vor der Kalenderbefristung mindestens vier Monate beschäftigungslos gewesen sein. Das Erfordernis einer bereits bestehenden viermonatigen Beschäftigungslosigkeit ist kontraproduktiv, weil es erst den Eintritt von Beschäftigungslosigkeit erfordert. Die erleichterte Befristung Älterer sollte Arbeitslosigkeit, den häufigsten Fall von Beschäftigungslosigkeit, aber gerade verhindern. Eine erleichterte Kalenderbefristung sollte daher bereits möglich sein, wenn Arbeitslosigkeit im Sinne des Arbeitsförderungsrechts droht. Die Möglichkeit der erleichterten Befristung sollte darüber hinaus vom Alter des Arbeitssuchenden entkoppelt werden. Denn junge Arbeitssuchende verdienen dieselben Chancen wie ältere.

Bürokratie vermeiden

Es sollte die Gelegenheit genutzt werden, das Befristungsrecht zu entbürokratisieren und praxistgerecht und rechtssicher zu regeln. Wenn sich die Vertragsparteien über die Befristung des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme einig waren, muss auch eine nachträgliche Schriftform genügen. Es entspricht den Grundsätzen

des allgemeinen Zivilrechts, einen Formmangel zu heilen, wenn beide Parteien eine entsprechende Vereinbarung treffen. Die Frist hierfür sollte nicht weniger als drei Monate betragen.

Für eine sog. Prozessbeschäftigung, die bis zum Abschluss von laufenden Kündigungsschutzprozessen erfolgt, um Verzugslohnansprüche zu vermeiden, sollte das Schriftformerfordernis vollständig abgeschafft werden.

Zudem muss die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags mit einer Änderung der Arbeitsbedingungen, wie einer Anpassung der Arbeitszeit oder einer Gehaltserhöhung, verbunden werden können.

Keine Alternativen zum Instrument der Befristung

Unternehmen steht kein adäquates Instrument zur Verfügung, dass sie gleichermaßen sinnvoll alternativ zu dem der Befristung von Arbeitsverhältnissen nutzen könnten. Das gilt für die Zeitarbeit, die einen anderen Ansatz verfolgt und ohnehin selbst stark reguliert ist. Erst recht keine Alternative ist der Abschluss unbefristeter Arbeitsverhältnisse bei unsicherer Auftragslage. Sie stehen der Komplexität des Kündigungsschutzes und den damit im Zweifel verbundenen Kosten diametral entgegen.

Zusammenfassung

Die schon weitreichenden Vereinbarungen im Koalitionsvertrag über eine Beschränkung des Befristungsrechts sollten unter Berücksichtigung der genannten Folgen für Wirtschaft und Arbeitnehmer noch einmal genau überdacht und abgewogen werden. Für den Erhalt und die Schaffung neuer Arbeitsplätze ist ein Mindestmaß an betrieblicher Flexibilität unerlässlich. Einen wesentlichen Teil dieser Flexibilität bieten derzeit noch befristete Arbeitsverhältnisse, die höchst verantwortungsvoll von den Arbeitgebern genutzt werden und in den allermeisten Fällen in dauerhafte Beschäftigung münden. Diese Chancen dürfen nicht unbedacht und rigoros beschnitten werden. Vielmehr sollte es zu einer maßvollen Anpassung des Rechts befristeter Arbeitsverhältnisse kommen mit dem Ziel,



mehr Rechtssicherheit zu schaffen unter Berücksichtigung höchstrichterlicher Rechtsprechung. Dabei sollte die Chance genutzt werden, den Tarifvertragsparteien den Spielraum zu geben, den sie zur Wahrnehmung ihrer Aufgabe brauchen, faire Arbeitsbedingungen für wettbewerbsfähige Unternehmen und sichere Arbeitsplätze zu schaffen.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeits- und Tarifrecht

T +49 30 2033-1209

arbeitsrecht@arbeitgeber.de