

Vorwort

Am 23. August 2013 trafen sich im Rahmen der „Linklaters Employment Academy“ unter der Leitung von Georg Annuß sechs Studierende verschiedener deutscher Universitäten mit einem erfahrenen Unternehmensjuristen und Rechtsanwälten des Fachbereichs Employment der Linklaters LLP, um ihre Seminar- oder Studienarbeiten aus dem Bereich des Arbeitsrechts zu präsentieren und zu diskutieren. Die vorgestellten Arbeiten werden in diesem Tagungsband veröffentlicht. Die Gliederung dieses Bandes spiegelt die Vortragsreihenfolge wider.

Wir möchten uns an dieser Stelle noch einmal bei allen Teilnehmern bedanken, namentlich bei Herrn Dr. Georg Stengel (Südwestdeutsche Medien Holding GmbH), der uns interessante Einblicke in die arbeitsrechtliche Unternehmenspraxis gegeben hat, sowie bei den teilnehmenden Studierenden Samir Buhl (Bucerius Law School), Dennis Kasprzik (Universität zu Köln), Can Kömek (Bucerius Law School), Felicia von Lichtenfels (Bucerius Law School), Matthias Münder (Bucerius Law School) und Stephanie Schöppner (Westfälische Wilhelms-Universität Münster).

München, im Juni 2014

Georg Annuß
Thomas Bader

Inhaltsübersicht

Dennis Kasprzik

EU-Befristungsrecht.....1

Felicia von Lichtenfels

Dreigliedrige Standortsicherungsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber, Gewerkschaft und Betriebsrat.....39

Samir Buhl

Die Beteiligung des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen durch den Arbeitgeber.....83

Stephanie Schöppner

Ansprüche auf Arbeitszeitanpassung von Eltern.....125

Can Kömek

Die negative betriebliche Übung.....149

Matthias Münder

Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers und ihre Folgen.....191

Inhaltsverzeichnis

DENNIS KASPRZIK

EU-Befristungsrecht

A. Einleitung.....	1
B. Konkretisierung der Richtlinie 1999/70/EG durch die Rechtsprechung des EuGH	2
I. Anwendungsbereich der Richtlinie 1999/70/EG	2
1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	2
2. Zeitlicher Anwendungsbereich - Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung.....	5
3. Bedeutung für das nationale Befristungsrecht	6
II. Grundsatz der Nichtdiskriminierung.....	6
1. Anwendbarkeit auf inzwischen unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer...	7
2. Beschäftigungsbedingungen	8
3. Diskriminierungsverbot – Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer.....	11
4. Rechtfertigung	11
5. Unmittelbare Anwendbarkeit von § 4 der Vereinbarung	12
6. Bedeutung für das nationale Befristungsrecht	12
III. Missbrauchsvermeidung gemäß § 5 der Richtlinie 1999/70/EG.....	14
1. Anwendungsbereich von § 5 der Richtlinie	14
2. Anforderungen an den sachlichen Grund zur Missbrauchsvermeidung.	15
3. Kettenbefristung aus Vertretungsgründen - Der Fall „Küçük“	16
4. Keine Pflicht zur Angabe des Vertretenen.....	30
5. Gleichwertige Maßnahmen - § 14 Abs. 3 TzBfG	31
6. Vorbeschäftigteverbot gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG	31
7. Pflicht zur Übernahme wesentlicher Vertragsbedingungen.....	32
8. Unmittelbare Anwendbarkeit.....	33
IV. Verschlechterungsverbot gemäß § 8 Abs. 3 der Vereinbarung.....	34
1. Anwendungsbereich.....	34

2. Zusammenhang mit der Umsetzung	34
3. Maßstab für die Senkung des Schutzniveaus	35
4. Unmittelbare Anwendbarkeit.....	35
5. Bedeutung für das nationale Recht	36
C. Fazit.....	36

FELICIA VON LICHENFELS

**Dreigliedrige Standortsicherungsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber,
Gewerkschaft und Betriebsrat**

A. Einleitung.....	39
I. Begriff.....	39
II. Hintergrund und Fragestellung	40
B. Wirksamkeitsvoraussetzungen	41
I. Typische Inhalte einer dreigliedrigen Standortsicherungsvereinbarung	41
1. Arbeitsentgelt.....	41
2. Arbeitszeit.....	42
3. Beschäftigungssicherung / Standorterhalt.....	42
4. Sozialplanähnliche Inhalte	43
5. Zusammenfassung	43
II. Zulässigkeit grundsätzlich	43
1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit: Verletzung der Unternehmerfreiheit	44
2. Dreigliedrigkeit.....	55
3. Ergebnis	55
III. Materielle Wirksamkeitsvoraussetzung: Regelungsbefugnis.....	56
1. Inhalte und Regelungsbefugnis im Rahmen der einzelnen Rechtsformen	57
2. Konsequenzen.....	71
IV. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen	76
1. Tarifvertrag	76

2. Betriebsvereinbarung	77
V. Zustimmung der Arbeitnehmer.....	78
VI. Wirkungsdauer.....	79
1. Laufzeit und Nachwirkung	79
2. Vorzeitiger Wirkungsentfall durch Insolvenz.....	80
C. Fazit.....	80

SAMIR BUHL

**Die Beteiligung des Betriebsrats bei unternehmensinternen
Ermittlungen durch den Arbeitgeber**

A. Einführung	83
I. Unternehmensinterne Ermittlungen	84
1. Bedeutung und Begriff.....	84
2. Motivation des Arbeitgebers zur Durchführung	84
3. Rechtsgrundlage.....	86
4. Ablauf	87
II. Interessenkollision der Betriebsparteien	88
1. Typische Arbeitgeberinteressen.....	88
2. Typische Interessen des Betriebsrats	89
3. Zusammenfassung	90
III. Vorbemerkungen zur weiteren Untersuchung	91
B. Beteiligungsrechte des Betriebsrats.....	91
I. Mögliche Beteiligungsrechte	92
II. Beteiligungsrechte bei einzelnen Ermittlungsmaßnahmen	92
1. Mitarbeiterbefragungen.....	93
2. Datenauswertung	110
3. Technische Überwachung.....	113
4. Detektiveinsatz.....	115
III. Beteiligungsrechte bei Sanktionsmaßnahmen.....	120

C. Folgen bei Missachtung der Beteiligungsrechte	120
I. Verletzung der Informationspflicht.....	120
II. Verletzung der Mitbestimmungsrechte.....	121
1. Möglichkeiten vor der Ermittlung.....	121
2. Möglichkeiten nach der Ermittlung	121
III. Zusammenfassung	122
D. Fazit und Ausblick.....	122
I. Regelung durch Betriebsvereinbarung.....	122
II. Zusammenfassung und Bewertung	123

STEPHANIE SCHÖPPNER

Ansprüche auf Arbeitszeitanpassung von Eltern

A. Bedürfnis für Arbeitszeitanpassung von Eltern.....	125
I. Vereinbarkeitssituation von Familie und Beruf	125
II. Familienbewusste Arbeitszeiten	126
III. Interessenkonflikt von Arbeitgebern und Arbeitnehmern.....	126
B. Gesetzliche Anspruchsgrundlagen für Arbeitszeitanpassung von Eltern	127
I. Ansprüche auf Arbeitszeitanpassung aus BEEG	127
1. Anspruch auf Elternzeit gemäß § 15 Abs. 1 BEEG	127
2. Anspruch auf Fortführung der Teilzeitarbeit während der Elternzeit gemäß § 15 Abs. 5 S. 4 Alt. 1 BEEG.....	129
3. Anspruch auf Arbeitszeitanpassung während der Elternzeit gemäß § 15 Abs. 5 - 7 BEEG	130
4. Anspruch auf Teilzeitarbeit außerhalb des Betriebes oder selbstständige Tätigkeit während der Elternzeit gemäß § 15 Abs. 4 S. 3 BEEG	135
II. Ansprüche auf Arbeitszeitanpassung aus TzBfG.....	136
1. Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gemäß § 8 TzBfG	136
2. Verlängerung der Arbeitszeit gemäß § 9 TzBfG	141
III. Vergleich von § 15 Abs. 4 – 7 BEEG und § 8 TzBfG	141
C. Tarifvertragliche Anspruchsgrundlagen für Arbeitszeitanpassung von Eltern am Beispiel des TVöD	142
I. Anspruch aus § 11 Abs. 1 TVöD	142

1. Verhältnis zu § 15 Abs. 4 – 7 BEEG und § 8 TzBfG	142
2. Anspruchsvoraussetzungen des § 11 Abs. 1 TVöD	143
3. Rechtsfolgen	144
II. Rückkehr zum Vollzeitarbeitsplatz gemäß § 11 Abs. 3 TVöD	145
D. Europarechtliche Anknüpfungspunkte.....	145
E. Rechtspolitische Ansätze	146
F. Fazit.....	146

CAN KÖMEK

Die negative betriebliche Übung

A. Einleitung.....	149
B. Dogmatische Grundlagen der betrieblichen Übung	151
I. Vertragstheorie.....	151
1. Angebot.....	152
2. Annahme.....	152
3. Beendigung.....	153
4. Kritik.....	153
II. Vertrauenstheorie.....	154
1. Rechtsgrund	154
2. Beendigung	154
3. Kritik.....	155
III. Andere Erklärungsansätze	156
IV. Zwischenergebnis	157
C. Negative betriebliche Übung.....	158
I. Rechtsprechung des BAG	159
1. Anerkennung der negativen betrieblichen Übung.....	159
2. Änderung der Rechtsprechung.....	169
II. Alternativer Erklärungsansatz.....	181
1. Actus contrarius	182

2. Vertrauenschutz.....	183
D. Schlussbetrachtung.....	186

MATTHIAS MÜNDER

Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers und ihre Folgen

A. Einleitung.....	191
B. Schlechtleistung des Arbeitnehmers.....	192
I. Definition einer Schlechtleistung eines Arbeitnehmers	192
1. Quantitative Schlechtleistung	192
2. Qualitative Schlechtleistung	193
II. Inhalt der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers	193
1. Subjektiv-dynamische Leistungspflicht.....	194
2. Objektiv-dynamische Leistungspflicht	197
3. Übertragung des Mangelbegriffs aus Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht.....	202
4. Eigene Auffassung – Auslegung des konkreten Arbeitsvertrags	203
5. Zusammenfassung	210
III. Bestimmung der tatsächlich erbrachten Leistung	211
1. Bestimmung der Arbeitsquantität	212
2. Bestimmung der Arbeitsqualität	212
3. Problemfälle.....	213
C. Folgen der Schlechtleistung des Arbeitnehmers	214
I. Folgen bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses	214
1. Abmahnung.....	214
2. Minderung.....	215
3. Schadensersatz	215
4. Arbeitsvertraglicher Widerrufsvorbehalt	217
II. Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses.....	220
1. Ordentliche Kündigung.....	221

2. Außerordentliche Kündigung.....	234
D. Zusammenfassende Thesen.....	234

EU-Befristungsrecht

A. Einleitung

Mit Erlass der Richtlinie 1999/70/EG wurden europarechtliche Rahmenbedingungen für befristete Arbeitsverhältnisse geschaffen.¹ Die Richtlinie dient der Durchführung einer von den Sozialpartnern EGB, UNICE und CEEP geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18.3.1999. Die Richtlinie verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele. Zum einen soll durch die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse verbessert und zum anderen ein Rahmen geschaffen werden, der den Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge verhindert. Die Richtlinie ist am 10.7.1999 in Kraft getreten. Sie musste von den Mitgliedstaaten bis zum 10.7.2001 umgesetzt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie mit dem Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21.12.2000 umgesetzt.²

Die Richtlinie wurde mittlerweile durch eine Vielzahl von Urteilen des EuGH konkretisiert. Diese Seminararbeit setzt sich mit den für das deutsche Arbeitsrecht bedeutsamen Urteilen auseinander und untersucht die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH für das deutsche Befristungsrecht. Im Aufbau orientiert sich die Seminararbeit an der Rahmenvereinbarung der Sozialpartner. Zunächst wird die Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der Richtlinie untersucht. Im Anschluss wird der Grundsatz der Nichtdiskriminierung beleuchtet. Danach wird auf die Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung eingegangen. Zuletzt wird die Rechtsprechung zu den Umsetzungsbestimmungen beleuchtet. Den Schwerpunkt der Bearbeitung bildet das Urteil des EuGH in der Rechtssache Kükü zu Kettenbefristungen aus Vertretungsgründen.

¹ ABl. L 175/44.

² BGBI. I S. 1966.

B. Konkretisierung der Richtlinie 1999/70/EG durch die Rechtsprechung des EuGH

I. Anwendungsbereich der Richtlinie 1999/70/EG

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich bestimmt sich nach § 2 der Vereinbarung. Vom Anwendungsbereich sind alle befristet beschäftigten Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder –verhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definition erfasst. Der Begriff des „befristet beschäftigten Arbeitnehmers“ wird in § 3 Nr. 1 der Vereinbarung näher definiert. Dies ist eine Person, die direkt mit einem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, dessen Ende durch objektive Bedingungen bestimmt wird. Dazu zählen das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses. Da nur das Ende objektiv bestimmbar sein muss, werden neben Befristungen auch auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse erfasst.³ Die Mitgliedstaaten können gemäß § 2 Nr. 2 der Vereinbarung Berufsausbildungsverhältnisse oder Arbeitsverträge, die im Rahmen von öffentlich unterstützten Förderungsprogrammen geschlossen wurden, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnehmen. Nach deutschem Recht werden Berufsausbildungsverhältnisse unabhängig davon, ob sie Arbeitsverhältnisse darstellen, nicht vom TzBfG erfasst, da eine Befristung dem Wesen des Berufsausbildungsverhältnisses widerspricht.⁴

a) Anwendbarkeit auf befristete Arbeitsverhältnisse im Öffentlicher Sektor

Der EuGH musste sich erstmals mit dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie in der Rechtssache Adeneler auseinandersetzen.⁵ Die Klägerin des Ausgangsverfahrens hatte mehrere aufeinander folgende befristete Verträge mit dem griechischen Milchverband ELOG abgeschlossen. Sie hatte im Ausgangsverfahren auf Feststellung geklagt, dass die abgeschlossen Verträ-

³ Fuchs/Marhold/*Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010, 2. Teil II A 3; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 17 Rn. 4.

⁴ BeckOK RGKU/*Bayreuther*, Arbeitsrecht, Online-Kommentar, Stand 01.06.2012, TzBfG, § 14 Rn. 2.

⁵ EuGH 04.07.2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006 I-06057.

ge nach der Vereinbarung als unbefristete Arbeitsverträge anzusehen seien. Der Milchverband ELOG ist dem öffentlichen Sektor zuzurechnen. Der EuGH musste somit vorab klären, ob die Richtlinie und die Vereinbarung überhaupt auf Stellen des öffentlichen Sektors anwendbar sind.

Der EuGH hat die Richtlinie und die Vereinbarung dahingehend ausgelegt, dass sie auch auf Arbeitsverhältnisse mit Behörden oder anderen Stellen des öffentlichen Sektors Anwendung findet. Der Anwendungsbereich erfasse ohne Einschränkung alle befristet beschäftigten Arbeitnehmer. Auch § 3 Nr. 1 der Vereinbarung erfasse alle Arbeitnehmer und unterscheide nicht zwischen Verträgen mit öffentlichen oder privaten Arbeitgebern. Zudem nehme § 2 Nr. 2 den öffentlichen Sektor nicht aus dem Anwendungsbereich aus, sondern eröffne den Mitgliedstaaten nur die Möglichkeit bestimmte Arbeitsverhältnisse im Rahmen eines besonderen öffentlichen oder von der öffentlichen Hand unterstützten Förderprogramms aus dem Anwendungsbereich auszunehmen.⁶ Diese Rechtsprechung hat der EuGH bereits mehrfach bestätigt.⁷

Die Rechtsprechung des EuGH entspricht dem Regelungsziel der Richtlinie und der Vereinbarung. Der zweite Abschnitt der Präambel bestimmt, dass unbefristete Arbeitsverhältnisse die übliche Form des Arbeitsverhältnisses darstellen sollen. Aus dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie und dem 7. Erwägungsgrund der Vereinbarung geht hervor, dass die Arbeitnehmer vor der missbräuchlichen Verwendung aufeinander folgender befristeter Verträge geschützt werden sollen. Nur die weite Auslegung des Anwendungsbereichs kann diese Zielvorgaben gewährleisten.⁸ Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten gemäß § 2 Nr. 2 der Vereinbarung, bestimmte Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Sektor vom Anwendungsbereich aus-zuschließen, wäre zudem gegenstandslos, wenn diese Arbeitsverhältnisse ohnehin nicht in den Anwendungsbereich fallen würden.⁹

b) Anwendbarkeit der Richtlinie auf den ersten befristeten Vertrag

In einem weiteren Verfahren musste der EuGH entscheiden, ob die Vereinbarung bereits auf den ersten befristeten Vertrag anwendbar ist. Unter an-

⁶ EuGH 04.07.2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006 I-06057, Rn. 54 ff.

⁷ EuGH 07.09.2006 – C-53/04 (Marrosu), Slg. 2006 I-07213, Rn. 39 ff; 07.09.2006 – C-180/04 (Vassallo), Slg. 2006 I-07251, Rn. 32 ff.

⁸ Rolf/s/de Groot, ZESAR 2009, 5, 6.

⁹ Riesenhuber (Fn. 3), § 17 Rn. 6.

derem hatte die Kommission dort vorgetragen, dass die Vereinbarung vor dem Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Verträge schützen soll und daher nicht auf den ersten Vertrag anwendbar ist.¹⁰

Der EuGH hat die Vereinbarung dahingehend ausgelegt, dass sie grundsätzlich auch auf den ersten befristeten Vertrag anwendbar ist. Die Vereinbarung gelte schon nach dem Wortlaut des § 2 für alle befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem befristeten Vertrag. Befristet beschäftigte Arbeitnehmer seien gemäß § 3 der Vereinbarung Personen, die einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, dessen Ende durch objektive Bedingungen bestimmt wird. Die Richtlinie und die Vereinbarung seien auf alle Arbeitnehmer mit einem befristeten Vertrag anwendbar, und zwar unabhängig von der Zahl der geschlossenen Verträge.¹¹

§ 2 und § 3 der Vereinbarung gestalten den Anwendungsbereich der gesamten Vereinbarung aus. Sie erfassen nach ihrem Wortlaut alle befristeten Verträge, also auch den ersten abgeschlossenen Vertrag. § 5 hingegen regelt nur, welche Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung von den Mitgliedstaaten ergriffen werden müssen. Als speziellere Vorschrift schränkt § 5 den Anwendungsbereich bei den Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung ein. Regelungsgegenstand von § 5 ist die Verlängerung eines befristeten Vertrages und nicht der erste Vertragsabschluss.¹² Diese Einschränkung kann sich jedoch nicht auf andere Bereiche der Richtlinie und der Vereinbarung erstrecken. Gemäß § 1 der Vereinbarung ist nicht nur die Verhinderung des Missbrauchs durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge, sondern auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung Gegenstand der Vereinbarung. Die Richtlinie und die Vereinbarung sind daher mit Ausnahme von § 5 auch auf den ersten befristeten Vertrag anwendbar.

c) Sozial nützliche Arbeiten in der öffentlichen Verwaltung

In der Rechtssache Sibilio hat der EuGH entschieden, dass die Mitgliedstaaten Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitnehmern, die mit sozial nützlichen Arbeiten betraut werden, und der öffentlichen Verwaltung vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnehmen können.¹³ Voraussetzung ist jedoch, dass es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis nach der gesetzlich,

¹⁰ EuGH 23.04.2009 – C-378/07 (Angelidaki), Slg. 2009 I-03071, Rn. 52.

¹¹ EuGH 23.04.2009 – C-378/07 (Angelidaki), Slg. 2009 I-03071, Rn. 114.

¹² EuGH 07.09.2006 – C-180/04 (Vassallo), Slg. 2006 I-07251, Rn. 28.

¹³ EuGH 15.03.2012 – C-157/11 (Sibilio), Rn. 58.

tarifvertraglich oder den Gepflogenheiten im Mitgliedstaat geltenden Definition handelt. Die Prüfung, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, ist Aufgabe der nationalen Gerichte.¹⁴ Der EuGH erkennt damit wiederholt einen weiten Bewertungsspielraum der Mitgliedstaaten an und entspricht damit dem Willen der Sozialpartner, der sich im 10. Erwägungsgrund widerspiegelt.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich - Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Die Richtlinie ist gemäß Artikel 3 am Tag ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, also am 10.7.1999, in Kraft getreten. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten die erforderlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie bis zum 10.7.2001 zu erlassen.¹⁵

Fraglich war, ab welchem Zeitpunkt die Mitgliedstaaten bei verspäteter Umsetzung der Richtlinie und Fehlen unmittelbarer Wirkung der einschlägigen Norm zur richtlinienkonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts verpflichtet sind.¹⁶

Der EuGH hat die Frage dahingehend beantwortet, dass die Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Ablaufs zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet sind. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung sei dem EG-Vertrag immanent. Die Mitgliedstaaten seien erst ab Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie verpflichtet und können deshalb erst ab diesem Zeitpunkt zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet werden.¹⁷ Zudem dürfen die Mitgliedstaaten während der Umsetzungsfrist keine Vorschriften erlassen, die geeignet sind, dass Ziel der Richtlinie ernsthaft zu gefährden.¹⁸ Nur so könne die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleistet werden.¹⁹

¹⁴ EuGH 15.03.2012 – C-157/11 (Sibilio), Rn. 58.

¹⁵ ABl. L 175/44.

¹⁶ EuGH 04.07.2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006 I-06057; *Rolfs/de Groot*, ZESAR 2009, 5, 7.

¹⁷ *Junker/Aldea* EuZW 2007, 13, 15.

¹⁸ EuGH 04.07.2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006 I-06057, Rn. 121.

¹⁹ EuGH 04.07.2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006 I-06057, Rn. 122.

3. Bedeutung für das nationale Befristungsrecht

Die Definition des „befristet beschäftigten Arbeitnehmers“ im TzBfG orientiert sich an der Richtlinie.²⁰ Gemäß § 3 TzBfG ist ein Arbeitnehmer befristet beschäftigt, der einen Arbeitsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen hat. Der Anwendungsbereich des TzBfG ist dem Wortlaut nach bereits beim ersten befristeten Vertrag eröffnet. Das TzBfG differenziert in § 3 nicht zwischen Arbeitsverhältnissen im privaten und im öffentlichen Sektor.²¹ Die Ausgestaltung des TzBfG entspricht damit der Rechtsprechung des EuGH. Die Urteile bestätigen somit lediglich die Rechtmäßigkeit der deutschen Regelungen. Aus dem Urteil folgt jedoch auch, dass die Richtlinie und die Vereinbarung trotz des Wortlauts „Arbeitnehmer“ auch auf Beamte anwendbar sind.²² Beamtenverhältnisse müssen somit ebenfalls die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie beachten.

Die Rechtsprechung in der Rechtssache Sibilio zeigt, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Definition des Arbeitsverhältnisses einen weiten Bewertungsspielraum haben. Dieser weite Beurteilungsspielraum schafft auch im deutschen Befristungsrecht Rechtssicherheit. Sofern Verträge vom BAG nicht als Arbeitsverhältnisse qualifiziert werden, müssen die Vertragsparteien nicht befürchten, dass das TzBfG durch die Hintertür des Europarechts Anwendung auf diese Verträge findet.

Erhebliche Auswirkungen auf das nationale Recht hat die Rechtsprechung des EuGH zum zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie. Sofern der nationale Gesetzgeber eine Richtlinie nicht fristgerecht umsetzt, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, innerstaatliches Recht ab dem Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist richtlinienkonform auszulegen.

II. Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Befristet beschäftigte Arbeitnehmer dürfen in ihren Beschäftigungsbedingungen nicht aufgrund der Befristung schlechter behandelt werden als vergleichbare unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer. Eine Ungleichbehandlung kann jedoch aus sachlichen Gründen gerechtfertigt werden. Wo dies

²⁰ BT-Drucks. 14/4374, S. 15; Ascheid/Preis/Schmidt/*Backhaus*, Kündigungsrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2012, TzBfG, § 3 Rn. 1.

²¹ MüKo/Hesse, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl. 2009, TzBfG, § 3 Rn. 4; Meinel/Heyn/Herms/*Herms*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2012, TzBfG, § 3 Rn. 2.

²² Benecke, EuZA 2012, 236, 238.

angemessen ist, findet gemäß § 4 Nr. 2 der Vereinbarung der Pro-rata-temporis-Grundsatz Anwendung. Dies bedeutet, dass Vor- und Nachteile, sofern sie nach Zeit bemessen werden, zeitanteilig gewährt werden müssen.²³ Die jeweiligen Anwendungsmodalitäten werden von den Mitgliedstaaten festgelegt. Für bestimmte Beschäftigungsverhältnisse konkretisiert § 4 Nr. 4 der Vereinbarung den Grundsatz der Nichtdiskriminierung dahingehend, dass für befristet und unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer die gleichen Betriebszugehörigkeitszeiten gelten, es sei denn, eine unterschiedliche Berücksichtigung kann aus sachlichen Gründen gerechtfertigt werden.

1. Anwendbarkeit auf inzwischen unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer

Der Wortlaut der Richtlinie legt nahe, dass Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Diskriminierung noch in einem befristeten Arbeitsverhältnis stehen müssen. In der Rechtssache Rosado Santana wurde dem EuGH unter anderem diese Frage vorgelegt. Der Kläger des Ausgangsverfahrens hatte sich um eine Beförderung bemüht. Er wurde zum Zeitpunkt der Bewerbung bereits seit zwei Jahren als Berufsbeamter beschäftigt und war bereits zuvor 17 Jahre lang als Beschäftigter auf Zeit in der öffentlichen Verwaltung tätig. Voraussetzung für die Bewerbung auf die ausgeschriebene Stelle war eine 10-jährige Beschäftigung als Berufsbeamter. Dienstzeiten als Beschäftigter auf Zeit wurden dabei nicht berücksichtigt. Nachdem der Kläger zunächst zu den Prüfungen am Auswahlverfahren zugelassen wurde, wurde diese Zulassung unter Verweis auf die fehlende 10-jährige Beschäftigung als Berufsbeamter widerrufen.²⁴ Fraglich war somit, ob der Kläger sich auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung berufen kann, obwohl er zum Zeitpunkt der Diskriminierung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stand.

Der EuGH ist der Auffassung, dass eine Beschränkung des Anwendungsbereichs den Schutz der Arbeitnehmer vor Diskriminierungen unzulässigerweise einengen würde. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Kontext ergebe sich eine solche Beschränkung.²⁵

²³ *Riesenhuber* (Fn. 3), § 17 Rn. 20 ff.

²⁴ EuGH 08.09.2011 – C-177/10 (Rosado Santana), Rn. 18 ff.

²⁵ EuGH 08.09.2011 – C-177/10 (Rosado Santana), Rn. 43 f.