

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 327

Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis

Von

Katharina Loth



Duncker & Humblot · Berlin

KATHARINA LOTH

Prognoseprinzip und Vertragskontrolle
im befristeten Arbeitsverhältnis

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 327

Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis

Von

Katharina Loth



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-14611-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54611-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84611-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse befindet sich seit Jahren im Wandel, der unionsrechtlich, aber auch sozial- und arbeitsmarktpolitisch determiniert ist. Ich habe es mir in meiner Arbeit zur Aufgabe gemacht, diesen Wandel darzustellen und mich dabei im Besonderen auf die unionsrechtskonforme Ausgestaltung konzentriert.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand im August 2014 statt. Für die Drucklegung konnte die Rechtslage bis Oktober 2014 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis, der meine juristische Laufbahn seit vielen Jahren begleitet. Nachdem er im Grundstudium meine Begeisterung für das Arbeitsrecht weckte, nahm er mich herzlich in das Team des Instituts für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht auf. Die Tätigkeit dort hat meine fachliche und persönliche Entwicklung stark beeinflusst.

Prof. Dr. Christian Rolfs danke ich herzlich für die außerordentlich schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich möchte weiterhin meinen Kollegen am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht für das außergewöhnlich angenehme Arbeitsklima danken. Hervorheben möchte ich Sandy Siegfanz-Strauß, Dr. Daniel Ulber und Prof. Dr. Wiebke Brose, die mir zu jeder Zeit und in allen Belangen als Ansprechpartner zur Verfügung standen. Ich danke außerdem Dorothee Krause für ihre wertvolle Hilfe bei der Korrektur des Manuskriptes.

Meiner Familie danke ich dafür, dass sie mich stets uneingeschränkt unterstützt.

Köln, im Oktober 2014

Katharina Loth

Inhaltsverzeichnis

	<i>Kapitel 1</i>	
	Einleitung	23
§ 1 Einleitung		23
A. Der Konflikt zwischen Bestandsschutz und Flexibilität		24
B. Rechtssetzung zwischen Arbeitsmarktpolitik und Personalpolitik		25
§ 2 Untersuchungsgegenstand		26
A. Anlass der Bearbeitung		26
B. Verlauf der Bearbeitung		27
C. Eingrenzungen		30
	<i>Kapitel 2</i>	
	Befristungsrecht als Vertragskontrolle	31
§ 1 Legitimation einer Vertragskontrolle im Befristungsrecht		31
§ 2 Die Vertragskontrolle		32
A. Vertragskontrolle als Schutz vor Umgehung des Kündigungsrechtes		33
I. Vertragskontrolle nach § 620 Abs. 1 BGB		33
1. Wortlaut von § 620 Abs. 1 BGB		33
2. Konkretisierung durch die Rechtsprechung		33
a) Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichtes		34
b) Die frühe Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes		34
c) Der Beschluss des Großen Senates des BAG von 1960		36
d) Entwicklung der Rechtsprechung des BAG nach dem Beschluss des Großen Senates		37
3. Ergebnis		37
II. Zulässigkeit der Befristung nach § 1 BeschFG 1985		38
1. Regelungsinhalt von § 1 BeschFG 1985		38
2. Ziele von § 1 BeschFG 1985		38
3. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt		39
4. Bewertung der Regelung		41
III. Fazit		42
B. Der Sachgrund als Gegenstand der Vertragskontrolle		42
I. Gegenstand der Richtlinie 1999/70/EG		43

1. Regelungszweck der Richtlinie 1999/70/EG	43
2. Inhalt der Richtlinie 1999/70/EG	43
II. Gegenstand der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse	44
1. Regelungszweck der Rahmenvereinbarung	44
2. Anwendungsbereich der Rahmenvereinbarung	44
a) Persönlicher Anwendungsbereich	44
b) Sachlicher Anwendungsbereich	45
3. Inhalt der Rahmenvereinbarung	46
a) Diskriminierungsverbot	46
b) Verschlechterungsverbot	46
c) Vermeidung von Missbrauch	46
4. Inhalt der Umsetzungsverpflichtung in Bezug auf die Verhinderung von Missbrauch	47
a) Auslegung von § 5 Nr. 1 a) Rahmenvereinbarung	47
aa) Unionsautonome oder mitgliedstaatsautonome Auslegung	47
(1) Anordnungen der Rahmenvereinbarung	48
(2) Anordnungen der Richtlinie	50
(3) Zwischenergebnis	51
bb) Gestaltungsspielraum	51
cc) Bedeutung des Erfordernisses „sachlicher Gründe“ ..	51
(1) Wortlaut	52
(2) Systematik	53
(3) Historik-Genetik	54
(4) Telos	55
(a) Art der Regelung	56
(b) Inhalt der Regelung	58
(5) Zwischenergebnis	58
b) Ergebnis	58
III. Vertragskontrolle nach § 14 Abs. 1 TzBfG	59
1. Vereinbarkeit von § 14 Abs. 1 TzBfG mit Unionsrecht	59
a) Umsetzung von § 5 Nr. 1 a) RV-B durch § 14 Abs. 1 TzBfG	60
aa) Regelungskonzept	60
(1) Erforderlichkeit abschließender Aufzählung	61
(2) Zwischenergebnis	62
bb) Einzelne Sachgründe	62
(1) Befristung wegen vorübergehenden Mehrbedarfs (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG)	62
(2) Befristung im Anschluss an Studium oder Ausbildung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG)	63
(3) Befristung zur Vertretung eines Arbeitnehmers (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG)	64

(4) Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG)	66
(5) Befristung zur Erprobung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG)	67
(6) Befristung wegen in der Person des Arbeitnehmers liegender Gründe (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG) . .	67
(7) Befristung aus Haushaltsmitteln (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG)	68
(8) Befristung auf Grundlage eines gerichtlichen Vergleichs (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG)	70
(9) Zwischenergebnis	72
b) Ergebnis	72
2. Vertragskontrolle nach § 14 Abs. 1 TzBfG	72
IV. Fazit	73
C. Ergebnis	74

*Kapitel 3***Das Prognoseprinzip im System der Vertragskontrolle** 75

§ 1 Methodische Vorfragen	76
A. Begriff der Prognoseentscheidung	76
I. Begriffsbildung	76
II. Das Prognoseprinzip als Element der Vertragskontrolle	77
III. Ergebnis	78
B. Methodische Überlegungen	78
I. Der Begriff des Rechtsprinzips	78
1. Normcharakter von Rechtsprinzipien	79
a) Rechtsprinzipien mit Normcharakter	79
b) Rechtsprinzipien ohne Normcharakter	79
2. Formale und materiale Rechtsprinzipien	80
a) Formale Rechtsprinzipien	80
b) Materiale Rechtsprinzipien	80
3. Die Einordnung des Prognoseprinzips	81
II. Legitimation des Rückgriffes auf allgemeine Rechtsprinzipien	81
1. Zweck einer Rechtsordnung	82
2. Die Unvollständigkeit des geschriebenen Rechtes	85
3. Ergebnis	85
III. Funktion und Bedeutung von Rechtsprinzipien in der Rechtsordnung	85
1. Prinzipienbildung	86
2. Die Bedeutung von Rechtsprinzipien für die Auslegung und Anwendung geltenden Rechtes	87

3. Übertragung auf das befristungsrechtliche Prognoseprinzip	89
a) Das Prognoseprinzip als Rechtsprinzip mit Mischcharakter	89
b) Prognoseprinzip als Auslegungshilfe oder Rechtsfortbildung?	89
IV. Ergebnis	91
§ 2 Übertragbarkeit bekannter Prognosegrundsätze auf das Befristungsrecht	91
A. Das Prognoseprinzip in anderen Rechtsgebieten	92
I. Prognoseentscheidungen im Überblick	92
1. Die Prognose im Verwaltungsrecht	92
2. Die Prognose im Verfassungsrecht	93
II. Übertragbare Ergebnisse	94
B. Das Prognoseprinzip im Kündigungsrecht	94
I. Ursprung und Legitimation des kündigungsrechtlichen Prognoseprinzips	95
1. Ursprung	95
2. Legitimation	96
II. Inhalt des kündigungsrechtlichen Prognoseprinzips	97
1. Personenbedingte Kündigung, insbesondere krankheitsbedingte Kündigung	97
2. Verhaltensbedingte Kündigung	99
3. Betriebsbedingte Kündigung	99
III. Kontrolle kündigungsrechtlicher Prognoseentscheidungen	100
1. Kontrollmaßstab	100
a) Kontrollfreier Prognosespielraum	100
b) Gerichtliche Nachprüfbarkeit	101
aa) Beurteilungszeitpunkt	101
bb) Kontrolldichte	102
2. Reaktionsmöglichkeiten auf Fehlprognosen	102
a) Prognosekorrektur durch Ex-post-Kontrolle	104
b) Keine Prognosekorrektur	105
aa) Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers	105
(1) Dogmatische Grundlage	106
(a) Wiedereinstellung aus Billigkeitserwägungen (§ 242 BGB)	106
(aa) Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	106
(bb) Grundsatz des Vertrauensschutzes	107
(b) Wiedereinstellung als Schadensersatz	109
(c) Wiedereinstellungsanspruch als system-immanente Rechtsfortbildung	110
(d) Zwischenergebnis	112
(2) Voraussetzungen eines Wiedereinstellungsanspruches	112
(a) Ablauf der Kündigungsfrist als maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	113

(b) Keine anderweitigen Dispositionen des Arbeitgebers	114
(c) Zumutbarkeit der Wiedereinstellung	114
bb) Kein Wiedereinstellungsanspruch	115
c) Ergebnis.....	115
IV. Zusammenfassung	115
1. Legitimation des Prognosegedankens	115
2. Vergangenheitsbezug kündigungsrechtlicher Prognoseentscheidungen	116
3. Verteilung des Prognoserisikos	116
C. Übertragbarkeit der Grundsätze auf das Befristungsrecht.....	117
I. Vergangenheitsbezug befristungsrechtlicher Prognoseentscheidungen	117
1. Bedeutung vergangener Befristungen zwischen denselben Parteien für das Vorliegen eines Sachgrundes	117
2. Vergangenes als Grundlage der befristungsrechtlichen Prognoseentscheidung	118
II. Verteilung des Prognoserisikos.....	119
1. Wiedereinstellungsanspruch nach Ablauf der Befristung	120
2. Wiedereinstellungsanspruch bei Fehlprognose	120
a) Übertragbarkeit der Grundsätze eines Wiedereinstellungsanspruches im Kündigungsrecht auf das Befristungsrecht ..	120
aa) Fehleranfälligkeit der Prognose	121
bb) Verwirklichtes Maß an Bestandsschutz	121
b) Zwischenergebnis	122
III. Zusammenfassung	122
D. Ergebnis	123
§ 3 Das Prognoseprinzip in der Vertragskontrolle	123
A. Vorüberlegungen	124
I. Legitimation des Prognosegedankens im Befristungsrecht	124
II. Probleme der Prognoseentscheidung	125
III. Funktion des Prognoseprinzips als Element der Vertragskontrolle ..	126
B. Entwicklung des Prognosegedankens	126
I. Die Befristungskontrolle nach § 620 BGB	126
1. Eingang in die Rechtsprechung des BAG	127
2. Konkretisierung des Prognoseprinzips durch die Rechtsprechung	127
a) Prognosezeitpunkt	128
b) Prognosegrundlage	128
c) Prognosezeitraum	129
aa) Rechtfertigung der Befristungsdauer	129
bb) Aufgabe der Rechtsprechung	129
d) Prognosemaßstab	130
e) Kontrollgegenstand	131

aa) Zuständigkeit des Zweiten und des Siebten Senates	131
bb) Alleinzuständigkeit des Siebten Senates	132
II. Meinungsstand im Schrifttum	133
1. Darstellung grundsätzlicher Argumentationsstränge	133
a) Erfordernis einschränkender Auslegung von § 620 BGB	133
b) Bewertung der Fallgruppenbildung	134
c) Kritik an dem Rechtsprechungswandel Mitte der 1980er-Jahre	135
2. Ergebnis	136
III. Stellungnahme	137
1. Relevanz der Befristungsdauer	137
2. Gesteigerte Darlegungslast bei Kettenbefristungen	138
3. Prüfungsgegenstand	139
4. Fazit	140
C. Die Bedeutung des Prognoseprinzips bei der Konkretisierung des Sachgrundes	140
I. Allgemeine Überlegungen	141
1. Inbezugnahme der Rechtsprechung zu § 620 BGB	141
a) Zweck der Befristungskontrolle	141
b) Besonderheiten des Unionsrechts	142
c) Zwischenergebnis	142
2. Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses	143
3. Ergebnis	143
II. Sachgrundkonkretisierung durch das BAG	143
1. Anforderungen an den Begriff des Sachgrundes	144
2. Das Prognoseprinzip als Instrument der Sachgrund- konkretisierung	145
a) Prognoseerfordernis	145
aa) Inhalt der Sachgründe	145
bb) Ergebnis	148
b) Sachgrundübergreifende Grundsätze	148
c) Besonderheiten einzelner Befristungsgründe	150
aa) Befristung wegen vorübergehenden Mehrbedarfs (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG)	150
(1) Prognosegrundlage	150
(2) Prognosezeitraum	151
bb) Befristung zur Vertretung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG)	152
(1) Prognosegrundlage	152
(2) Prognosezeitraum	153
(3) Prognosemaßstab	153
cc) Haushaltsmittelbefristung (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG)	154
(1) Prognosegrundlage	154
(a) Einschränkende Auslegung von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG	155

(b) Qualität einer die Befristung rechtfertigenden Haushaltsnorm	156
(2) Prognosezeitraum	158
3. Probleme bei der Sachgrundkonkretisierung	159
a) Darlegungs- und Beweislast	159
aa) Prognosegrundlage	160
bb) Berücksichtigung vergangener Verträge	160
b) Umgang mit Fehlprognosen	160
c) Ergebnis	162
4. Einfluss des Unionsrechtes bei der Konkretisierung des Sachgrundes	163
a) Zentrale Entscheidungen des EuGH	163
aa) Rechtssache <i>Adeneler</i> (EuGH vom 4.7.2006)	163
(1) Gegenstand der Entscheidung	163
(2) Würdigung durch den EuGH	164
bb) Rechtssache <i>Angelidaki</i> (EuGH vom 23.4.2009)	165
(1) Gegenstand der Entscheidung	165
(2) Würdigung durch den EuGH	165
cc) Rechtssache <i>Gavieiro Gavieiro</i> (EuGH vom 22.12.2010)	166
(1) Gegenstand der Entscheidung	167
(2) Würdigung durch den EuGH	167
dd) Bewertung	168
b) Einfluss auf die Rechtsprechung des BAG	168
aa) Anwendung der Grundsätze des EuGH auf die eigene Rechtsprechung	168
(1) Sachgrundkonkretisierung	168
(2) Ständiger und dauernder Bedarf	170
bb) Eigene Vorlagebeschlüsse	171
(1) Vorlagebeschluss des BAG vom 27.10.2010	171
(2) Vorlagebeschluss des BAG vom 17.11.2010	173
cc) Ergebnis	174
III. Meinungsstand im Schrifttum	175
1. Bewertung der gesetzlichen Regelung	175
2. Bewertung der Rechtsprechung	177
a) Entkoppelung von Kündigungs- und Befristungsrecht	177
b) Die Bedeutung vergangener Verträge für die Befristungskontrolle	178
c) Fehlende Kongruenz von Befristungsgrund und Vertragsdauer	181
d) Kausalitätserfordernis im Rahmen der Vertretungsbefristung	182
e) Prognoserisiko	183
f) Vereinbarkeit mit Unionsrecht	184
3. Fazit	184

IV. Stellungnahme	185
1. Prognoserisiko	185
a) Die Bedeutung vergangener Befristungen	185
aa) Kontrollgegenstand	186
bb) Kontrollmaßstab	188
cc) Ergebnis	189
b) Kausalitätserfordernis	189
aa) Unmittelbare Vertretung	189
bb) Mittelbare Vertretung	190
cc) Vertretung nach Umorganisation	191
dd) Gesamtvertretung	193
(1) Vorliegen eines Gesamtvertretungsbedarfs	194
(2) Kritik der Literatur	195
(3) Bewertung	196
(a) Versetzungsbefugnisse des öffentlichen Arbeitgebers	196
(aa) Einfachgesetzliche Regelungen	196
(bb) Rechtsprechung	198
(cc) Verfassungsrecht	198
(dd) Zwischenergebnis	199
(b) Unsicherheiten als Grundlage der Befristung	199
(c) Vorübergehender Beschäftigungsbedarf	201
(d) Lösung über die „klassischen“ Vertretungsfälle	202
(4) Tendenzen in der aktuellen Rechtsprechung des BAG	203
(5) Zwischenergebnis	205
ee) Ergebnis	205
c) Rückkehrprognose bei Vertretung	205
aa) Mitwirkungspflichten bei der Informationsbeschaffung	206
(1) Befristungsbedarf aus Krankheitsgründen	207
(2) Befristungsbedarf aus sonstigen Gründen	208
(3) Sonderfall: Abordnungsvertretung	209
(a) Die Fallgruppe der Abordnungsvertretung in der Rechtsprechung des BAG	210
(b) Besonderheiten der Rückkehrprognose	211
(c) Stellungnahme	211
bb) Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast	214
cc) Ergebnis	214
d) Zusammenfassung	214
2. Befristungsdauer	215
a) Zeitliche Kongruenz von Befristungsbedarf und tatsächlicher Beschäftigung	215
b) Sonderfall: Dauervertretung	216

c) Relevanz der Gesamtbefristungsdauer für die Zulässigkeit einer Befristung	217
d) Ergebnis	217
3. Der Tatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG	218
a) Einschränkende Rechtsprechung des BAG	218
b) Einfluss der Rechtsprechung des EuGH	220
aa) Besonderheiten des öffentlichen Dienstes als Befristungsgrund	221
bb) Ungleichbehandlung von privatem und öffentlichem Sektor	222
cc) Schlussanträge in der Rechtssache <i>Jansen</i>	223
c) Ergebnis	224
d) Annex: Ausblick	225
4. Die Vereinbarkeit der Rechtsprechung des BAG mit Unionsrecht	225
5. Fazit	226
D. Das Urteil <i>Küttük</i> und die Auswirkungen auf die Rechtsprechung des BAG	227
I. Die Vorabentscheidung des EuGH vom 26.1.2012	227
1. Inhalt der Entscheidung	227
a) Ausgangsrechtsstreit	227
b) Entscheidung des EuGH	228
2. Aufnahme des Urteils im Schrifttum	229
a) Einordnung in den Kontext vorheriger Entscheidungen	229
b) Resonanz des Schrifttums im Überblick	230
c) Umsetzungsvorschläge	231
aa) Missbrauchskontrolle nach § 242 BGB	232
bb) § 14 TzBfG als Anknüpfungspunkt einer Missbrauchs-kontrolle	236
3. Eigene Bewertung	240
a) Vorbemerkungen	240
b) Prämissen des EuGH	241
aa) Terminologie des dauerhaften Beschäftigungsbedarfs	242
(1) „Ständiger und dauerhafter“ Beschäftigungsbedarf	242
(2) „Ständiger und wiederkehrender“ Beschäftigungs-bedarf	243
(3) Bewertung	243
bb) Vorliegen eines dauerhaften Beschäftigungsbedarfs	244
(1) Anknüpfungspunkt für die Beurteilung des Beschäftigungsbedarfs	245
(2) Voraussetzungen eines dauerhaften Beschäftigungs-bedarfs	246
(3) Zwischenergebnis	247
c) Rechtsmissbrauchskontrolle	247

aa) Legitimation einer Rechtsmissbrauchskontrolle	247
(1) Herleitung der Rechtsmissbrauchskontrolle durch den EuGH	248
(a) Begriff des Rechtsmissbrauchs	248
(b) Kriterien für eine unionsrechtsskonforme Anwendung des nationalen Befristungsrechtes	248
(c) Zwischenergebnis	249
(2) Normativer Anknüpfungspunkt im nationalen Recht	249
(a) Dogmatik des EuGH in der Rechtssache <i>Küçük</i>	250
(b) Systematik des Befristungsrechtes	251
(aa) Systemfremde Berücksichtigung der Befristungsdauer	251
(bb) Tatbestandliche Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG	252
(cc) Subsidiarität von § 242 BGB	253
(dd) Zwischenergebnis	254
(c) Unionsrechtsskonforme Auslegung von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG	254
(aa) Anwendungsbereich der unionsrechtsskonformen Auslegung	255
(bb) Zwischenergebnis	256
(3) Ergebnis	256
bb) Inhaltliche Ausgestaltung einer Rechtsmissbrauchskontrolle als unionsrechtsskonforme Auslegung von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG	257
(1) Feste zeitliche Obergrenze	257
(2) Höchstdauerbezogenes Indizienkonzept	257
(a) Gesetzgeberisches Konzept des § 14 TzBfG	258
(b) Konzept einer Missbrauchskontrolle	260
(aa) Vorüberlegungen	260
(bb) Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle	262
(cc) Indizien als flexible Grenzen	262
(α) Parallelen zum Kündigungsrecht	262
(β) Zeitlicher Rahmen des § 14 TzBfG	263
(γ) Zwischenergebnis	264
(dd) Ergebnis	265
(cc) Übertragbarkeit auf andere Befristungsgründe	265
d) Zusammenfassung	266
II. Die Umsetzungentscheidung des BAG vom 18.7.2012	266
1. Inhalt der Entscheidung	267
a) Grundsätze zum Sachgrund der Vertretung	267
aa) Vertretungsformen	267

bb) Ständiger Vertretungsbedarf	267
cc) Prüfungsmaßstab	268
b) Institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle gemäß § 242 BGB	269
c) Folgen für die Entscheidung in der Rechtssache <i>Kücük</i>	271
2. Aufnahme des Urteils im Schriftum	271
3. Eigene Bewertung	278
a) Bestätigung der Grundsätze zur Rechtsfigur der gedanklichen Zuordnung	278
b) Sachgrund der Vertretung trotz ständigen Vertretungsbedarfs	279
c) Keine intensivierte Sachgrundprüfung mit zunehmender Befristungsdauer	280
d) Institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle	281
aa) Dogmatik	281
bb) Anwendungsbereich	281
cc) Durchführung	284
(1) Anzahl und Dauer vergangener Befristungen	284
(a) Konkrete Abwägung	284
(b) Relevanz zeitlicher Unterbrechungen für die Bestimmung der Befristungsdauer	285
(2) Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz und Verrichtung derselben Tätigkeit	287
(3) Laufzeit der einzelnen befristeten Verträge	289
(4) Branchenspezifische Besonderheiten und grundrechtlich gewährleistete Freiheiten	289
e) Ergebnis	289
aa) Bestätigung der ständigen Rechtsprechung	290
bb) Dogmatische Begründung	290
cc) Ausblick	291
III. Folgerechtsprechung von BAG und Landesarbeitsgerichten	291
1. Anschlussentscheidungen des BAG	291
a) Abweichungskompetenz der Tarifvertragsparteien nach § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG	291
b) Rechtsprechung des BAG zur Gesamtvertretung	292
c) Anwendung auf andere Sachgründe und Vertretungskonstellationen	292
2. Anwendung der neuen Rechtsprechung durch die Landesarbeitsgerichte	294
a) Inhalte der Entscheidungen	294
b) Bewertung der Entscheidungen	298
IV. Ergebnis	300
E. Fazit	301
§ 4 Auswertung	302
A. Bestandsaufnahme	302

B. Unionsrechtskonforme Ausgestaltung der befristungsrechtlichen Vertragskontrolle	303
I. Dogmatik der Sachgrundkonkretisierung	303
1. Allgemeines	304
2. Sachgrundkonkretisierung	305
a) Interessenabwägung	305
b) Die Befristungskontrolle als Angemessenheitskontrolle	307
aa) Angemessenheitskontrolle am Maßstab des § 307 BGB	307
bb) Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB	308
c) Stellungnahme	310
aa) Bewertung der Vorschläge	310
bb) Eigener Vorschlag	310
(1) Anknüpfungspunkt für die Konkretisierung des Sachgrundes	311
(2) Konkretisierung des Sachgrundes	311
(a) Schutzwürdiges Befristungsinteresse	311
(b) Schutzwürdiges Bestandsschutzinteresse	314
(c) Abwägung der widerstreitenden Interessen	314
d) Zusammenfassung	315
II. Konkretisierung des Sachgrundes durch die Prognoseentscheidung	315
1. Verteilung des Prognoserisikos	316
a) Prognosezeitpunkt	316
aa) Verlaufskontrolle	316
bb) Zwischenergebnis	317
b) Prognosegrundlage	317
aa) Vorübergehender Beschäftigungsbedarf	318
(1) Maßgeblichkeit der Vertragsgeschichte	318
(2) Kausalitätsprobleme	319
(3) Zwischenergebnis	319
bb) Sonderfall: Rückkehrprognose bei Vertretung	319
(1) Krankheitsvertretung	321
(a) Grundsatz: Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers	321
(b) Mitwirkungspflichten des erkrankten Arbeit- nehmers	322
(aa) Pflichten	322
(α) Anzeige- und Nachweispflichten nach § 5 Abs. 1 EFZG	322
α) Umfang der Anzeige- und Nach- weispflichten	323
β) Inhalt der Anzeige- und Nachweis- pflichten	324
γ) Zwischenergebnis	325

(d) Informationspflichten nach §§ 611 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	325
(bb) Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung	326
(c) Einwirkungspflichten des Arbeitgebers	327
(aa) Pflichten	327
(a) Maßgebliches Rechtsverhältnis	327
a) Arbeitsverhältnis zwischen Arbeit- geber und Stammarbeitnehmer	328
b) Arbeitsverhältnis zwischen Arbeit- geber und Vertreter	328
(β) Inhalt der Verpflichtung	329
(bb) Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung	329
(d) Zwischenergebnis	329
(2) Vertretung aus sonstigen Gründen	330
(a) Anforderungen der Freistellungsnormen	330
(aa) § 28 TV-L	331
(α) Regelungsinhalt	331
(β) Fazit	332
(bb) §§ 70, 71 LBG NRW; § 74 Abs. 1 i. V. m. §§ 25 ff. Freistellungs- und Urlaubs- verordnung (FrUrlIV NRW)	332
(α) Regelungsinhalt	332
(β) Fazit	333
(cc) §§ 15, 16 BEEG	334
(α) Regelungsinhalt	334
(β) Fazit	334
(dd) § 3 PflegeZG	335
(α) Regelungsinhalt	335
(β) Fazit	335
(ee) Zwischenergebnis	336
(b) Grenzen des Fragerechtes	336
(c) Rechtsfolgen der Pflichtverletzung	337
(d) Zwischenergebnis	338
(3) Bewertung der Informationen	338
(a) Zumutbarkeit der Rückkehrprognose in Bezug auf Abwesenheitszeiten	338
(b) Hinreichende Fundierung der Prognose- entscheidung	339
(aa) Krankheitsvertretung	340
(bb) Vertretung aus sonstigen Gründen	341
(4) Ergebnis	341
c) Prognosezeitraum	342

aa) Zeitliche Kongruenz von Befristungsbedarf und tatsächlicher Beschäftigung	342
(1) Kein zusätzliches Flexibilitätsinteresse	342
(2) Sonderfall: Dauervertretung	343
bb) Prognosehöchstdauer	344
d) Ergebnis	345
2. Kontrolle der Prognoseentscheidung	346
a) Allgemeine Kontrollgesichtspunkte	346
b) Typische Befristungssachverhalte	347
aa) Kettenbefristung	347
(1) Vertretung mehrerer Arbeitnehmer	347
(a) Prognosegrundlage	348
(b) Prognosezeitraum	348
(2) Kurzzeitige Einzelverträge	349
(a) Prognosegrundlage	349
(b) Prognosezeitraum	350
bb) Vertretung nach Umorganisation	350
(1) Prognosegrundlage	351
(2) Prognosezeitraum	351
cc) Gesamtvertretung	351
(1) Prognosegrundlage	352
(2) Prognosezeitraum	353
III. Zusammenfassung	353
C. Fazit	354
§ 5 Ergebnis	355

Kapitel 4

Legislativer Handlungsbedarf	357
§ 1 Bestandsaufnahme	357
§ 2 Regulierungsmöglichkeiten	358
A. Herausforderungen arbeitsrechtlicher Gesetzgebung	358
I. Interessenkonflikte	359
II. Auswirkungen von Gesetzgebung auf den Arbeitsmarkt	360
1. Erkenntnisgewinn durch Studien	361
2. Ermessens- und Prognosespielraum des Gesetzgebers	362
3. Ergebnis	363
B. Gesetzgebungsvorschläge	363
I. Höchstbefristungsdauer für die Sachgrundbefristung	363
1. Risiken einer Höchstgrenze	364
2. Chancen einer Höchstgrenze	365

a) Abgrenzung von dauerhaftem und vorübergehendem Beschäftigungsbedarf	365
b) Ausgestaltung einer Höchstdauerregelung	366
3. Formulierungsvorschlag	368
4. Ergebnis	368
II. Aufgabe der sachgrundlosen Befristung	368
1. Einfluss der sachgrundlosen Befristung auf die Beschäftigung	369
a) Empirische Beobachtungen	369
aa) Integrationseffekt der Befristung	369
bb) Verbreitung und Motive befristeter Beschäftigung	370
b) Schlussfolgerungen	371
2. Folgen fehlender empirischer Evidenz	372
3. Ergebnis	374
III. Anpassung der gesetzlichen Probezeit	375
1. Verbreitung befristeter Arbeitsverträge	376
2. Wechselwirkungen zwischen Kündigungsrecht und Befristungsrecht	376
a) Motive für den Vorzug des befristeten Arbeitsverhältnisses gegenüber dem unbefristeten Arbeitsverhältnis	376
b) Flexibilität durch Verlängerung der gesetzlichen Probezeit	377
c) Formulierungsvorschlag	378
3. Ergebnis	378
IV. Sonderfall: Befristungsrecht im öffentlichen Dienst	378
1. Einschränkung der Beurlaubungsvorschriften	379
2. Besonderheiten der Stellenbesetzung	380
3. Unkündbarkeitsregelungen	381
C. Fazit	382
 <i>Kapitel 5</i>	
Schlussfolgerung und Ausblick	383
 <i>Kapitel 6</i>	
Schlussthesen	385
Literaturverzeichnis	388
Sachwortverzeichnis	405

Kapitel 1

Einleitung

§ 1 Einleitung

„Unbefristete Arbeitsverträge sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Sie tragen zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit bei.“¹ Das ist die zentrale These der Sozialpartnerrahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG (RV-B), jener Regelung, die das Befristungsrecht im letzten Jahrzehnt maßgeblich prägte. Der Gesetzgeber des auf der Rahmenvereinbarung fußenden Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) übernimmt diesen Grundsatz in das nationale Recht. In der Gesetzesbegründung heißt es: „In Deutschland sind unbefristete Arbeitsverhältnisse der Normalfall der Beschäftigung; sie sollen es aus grundsätzlichen sozialpolitischen Gründen auch in Zukunft bleiben.“²

Die Realität sieht anders aus. Der Anteil der befristet Beschäftigten an der Gesamtzahl aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten wächst seit Jahren.³ Gegenwärtig wird beinahe jeder zweite neueingestellte Arbeitnehmer befristet beschäftigt.⁴ Eine besonders hohe Befristungsdichte findet sich im öffentlichen Dienst. Hier werden mehr als zwei Drittel aller Neu-einstellungen auf Basis befristeter Arbeitsverträge vollzogen.⁵ Die bei den Gerichten für Arbeitssachen anhängigen Verfahren betreffen häufig Befristungsketten mit einer Laufzeit von über zehn Jahren bei demselben Arbeitgeber, überwiegend handelt es sich um Beschäftigte des öffentlichen

¹ Erwägungsgrund 6 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG; ABl. L 175 v. 10.7.1999, S. 45 ff.

² BT-Drucks. 14/4374, S. 12.

³ Eichhorst/Marx/Thode, S. 19; Grau, STATmagazin 03/2010, S. 1; Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14/2010, S. 3; Wagner; S. 80, 82.

⁴ Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14/2010, S. 3; Süddeutsche Zeitung v. 7.4.2014 <http://www.sueddeutsche.de/karriere/angaben-der-bundesregierung-zahl-der-befristeten-arbeitsverträge-in-deutschland-gestiegen-1.1931132>, Stand: 25.11.2014.

⁵ Eichhorst/Marx/Thode, S. 19; Hohendanner, IAB-Betriebspanel 2012, S. 6; Wagner, S. 80, 82.

Dienstes.⁶ Der Grundsatz, dass das unbefristete Arbeitsverhältnis den sozialpolitisch gewünschten Normalfall der Beschäftigung darstellt, scheint also ins Wanken zu geraten. Dies zu überprüfen ist Grundanliegen und damit zugleich Ziel dieser Arbeit. Vor dem Hintergrund, dass das befristete Arbeitsverhältnis auf eine begrenzte Dauer angelegt ist, scheint dessen Eignung zur Schaffung einer dauerhaften Lebensgrundlage fraglich.⁷

A. Der Konflikt zwischen Bestandsschutz und Flexibilität

Arbeitnehmerbefragungen zufolge gehen nur 2,5 % aller Befristungen auf den Wunsch des Arbeitnehmers zurück.⁸ Die Erklärungen hierfür können vielfältig sein. Das befristete Arbeitsverhältnis ist für den Arbeitnehmer mit existenziellen Unsicherheiten verbunden. Aus der finanziellen Unsicherheit, die aus Zweifeln über den Fortgang der Beschäftigung resultiert, ergeben sich Konsequenzen, die weit in die private Lebensführung hineinreichen. Hier stellt eine sichere Lebensgrundlage die Basis vieler persönlicher Planungen dar, wie die Entscheidung über den Wohnort oder die Gründung einer Familie.⁹ Jedoch bestimmen sich auf diese Weise nicht nur eigene Entscheidungen. Auch Vermieter oder Banken machen in der Regel ein regelmäßiges Einkommen und damit ein sicheres Arbeitsverhältnis zur Grundlage ihrer Überlegungen. Befristungen belegen indessen nicht nur das regelmäßige Einkommen mit Ungewissheit. Der Bezug von Sozialleistungen ist an die Erfüllung von Wartezeiten geknüpft, für die der ununterbrochene Bestand des Arbeitsverhältnisses den Bezugspunkt bildet. Die befristete Beschäftigung stellt mithin keine sichere Planungsgrundlage für die Betroffenen dar.

Unternehmen stehen demgegenüber in einer globalen Arbeits- und Wirtschaftswelt vor zunehmendem Wettbewerbsdruck, welcher sich in der Regel über Kosten entscheidet. Da Personalkosten in diesem Rahmen einen erheb-

⁶ Siehe nur BAG v. 18.7.2012 NZA 2012, 1351 (elf Jahre); BAG v. 25.3.2009 NZA 2010, 34 (zehn Jahre); LAG Baden-Württemberg v. 14.8.2012 – 14 Sa 53/12 – LS 2, zit. n. *juris* (dreizehn Jahre); LAG Hamm v. 1.8.2012 – 5 Sa 291/12 – Rn. 2, zit. n. *juris* (vierzehn Jahre); LAG Nürnberg v. 11.7.2012 LAGE § 14 TzBfG Rechtsmissbrauch Nr. 2, S. 13 (elf Jahre).

⁷ *Wank*, S. 183, hält es für zweifelhaft, ob das befristete Arbeitsverhältnis überhaupt geeignet ist, die Existenzgrundlage zu bilden; siehe zudem BT-Drucks. 10/2102, S. 16 zu § 1 BeschFG 1985, wonach sich der unbefristete Arbeitsvertrag zur Besteitung des Lebensunterhalts bewährt habe.

⁸ *Wagner*, S. 79.

⁹ Dies ist besonders relevant vor dem Hintergrund, dass der Befristungsanteil unter Berufsanfängern besonders hoch ist; siehe dazu *Boockmann*, Orientierungen (109), S. 26; *Boockmann/Hagen*, S. 170, 188; *Bothfeld/Kaiser*, S. 488; *McGinnity/Mertens*, S. 8; *Rudolph*, S. 47f.

lichen Faktor bilden, drehen sich Überlegungen um die Herstellung von Wettbewerbsfähigkeit zwangsläufig um deren Senkung. Die befristete Beschäftigung von Arbeitnehmern bietet Unternehmen zum einen Flexibilität und zum anderen geringere Kosten. Sinkt der Beschäftigungsbedarf, ist die Entlassung unbefristet Beschäftigter teurer als das Auslaufenlassen befristeter Verträge.¹⁰ Neben administrativen Kosten kommen im Fall des Ausspruches einer Kündigung nicht selten Prozess- und Abfindungskosten sowie Annahmeverzugslöhne auf den Arbeitgeber zu.¹¹ Demgegenüber kann der Personalbedarf über die befristete Einstellung von Arbeitnehmern flexibel gesteuert werden.

B. Rechtssetzung zwischen Arbeitsmarktpolitik und Personalpolitik

In diesem Spannungsverhältnis bewegt sich befristungsrechtliche Rechtssetzung. Hinzu kommt ein Streit um die Bedeutung von Arbeitsrecht als arbeitsmarktpolitisches Steuerungsinstrument.¹² Während zum Teil die Auffassung vertreten wird, dass staatliche Regulierung zu rigider Einstellungs- politik führe,¹³ erachten andere Regulierungsmaßnahmen als essenziellen Beitrag zum Schutz des strukturell unterlegenen Arbeitnehmers. Mit derartigen arbeitsmarktpolitischen Überlegungen gehen Fragestellungen zur Eignung von Befristung als Instrument der Personalpolitik einher. Hier werden die Vorteile befristeter Beschäftigung teilweise in einer erhöhten Leistungsbereitschaft durch die Aussicht auf Entfristung gesehen.¹⁴ Anderen Untersuchungen zufolge steigt die Leistungsfähigkeit aber auch die Leistungsbereitschaft der Arbeitnehmer durch die Identifikation mit dem Unternehmen, welche maßgeblich von dem Vorhandensein beruflicher Perspektiven und einer guten Einbindung abhängt.¹⁵ Zudem können die durch den Kündigungsschutz verursachten und für befristet Beschäftigte gesparte Personal- kosten an anderer Stelle anfallen. Als Folge hoher Fluktuation können sich höhere Einarbeitungs- und Weiterbildungskosten ergeben,¹⁶ Weiterbildungs-

¹⁰ Vgl. Dörner, Befristung als Weg aus der Krise, S. 31, der Kündigungsmaßnahmen „Krisenuntauglichkeit“ attestiert.

¹¹ Siehe hierzu Stoye, S. 253.

¹² Siehe hierzu Kapitel 4 § 2 A II.

¹³ Siehe die Stellungnahme des BDA v. 10.3.2014 „Arbeitsmarktchancen durch Befristungen erhalten“, S. 3; Thüsing, BB-Editorial 15/2014.

¹⁴ Schäfer/Schmitt/Stettes, S. 38.

¹⁵ Siehe zur höheren Leistungsfähigkeit Beckmann/Cornelissen/Schauenberg, S. 24f.; Clark/Oswald, S. 372, 377; Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14/2010, S. 8, wonach befristete Beschäftigung die „Gefahr illoyalen Verhaltens“ nach sich zieht; Schäfer/Schmidt/Stettes, S. 37; Stoye, S. 35.

¹⁶ Hohendanner, IAB-Kurzbericht 14/2010, S. 8.